

Das aktive Wahlrecht und die Rechtsweggarantie des Artikels 19 Absatz 4 GG.

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms - Universität Münster**

vorgelegt von

Hansjörg Loschelder
aus Berlin

1968

Das aktive Wahlrecht und die Rechtsweggarantie des Artikels 19 Absatz 4 GG.

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms - Universität Münster**

vorgelegt von

Hansjörg Loschelder
aus Berlin

1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Friedr. Klein
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr.Dr. Hans Pagenkopf
Dekan: Prof. Dr. Dieter Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 23. April 1968

Meinen verehrten Eltern

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

E R S T E R A B S C H N I T T

Einleitung. - 1 -

Z W E I T E R A B S C H N I T T

Das System des Rechtsschutzes im Wahlrecht - 4 -

A) Das Bundeswahlrecht. - 4 -

I) Der Rechtsschutz bis zum Zeitpunkt
der Wahl. - 4 -

II) Der Rechtsschutz nach dem Abschluß
der Wahl. - 5 -

1) Der Gegenstand des Wahlprüfungsver-
fahrens und die Wahlprüfungsinstanzen. - 5 -

2) Der Umfang der Wahlprüfung. - 6 -

3) Die Wahlprüfung und der Schutz sub-
jektiver Rechte. - 10 -

B) Das Landes- und das Kommunalwahlrecht in
Nordrhein-Westfalen. - 12 -

I) Der Rechtsschutz bis zum Zeitpunkt der
Wahl. - 12 -

II) Der Rechtsschutz nach dem Abschluß der
Wahl. - 13 -

1) im Landeswahlrecht. - 13 -

2) im Kommunalwahlrecht. - 15 -

D R I T T E R A B S C H N I T T

Der Stand der Meinungen über die Eröffnung eines weitergehenden Rechtsschutzes.	- 17 -
A) Die Frage nach einer Entscheidung der Verwaltungsgerichte.	- 17 -
I) Die Meinung von der Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges wegen des verfassungsrechtlichen Charakters der Wahlverfahrensakte.	- 18 -
II) Die Meinung von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges.	- 18 -
1) Gestaltungsklagen wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig?	- 19 -
2) Feststellungsklagen zulässig?	- 20 -
3) Rechtsmittelausschluß der Wahlgesetze verfassungswidrig ?	- 21 -
B) Die Frage nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.	- 21 -
I) Die Meinung von dem Ausschluß der Verfassungsbeschwerde.	- 21 -
II) Die Meinung von der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.	- 22 -
III) Die Ausklammerung dieser Frage aus der Untersuchung.	- 22 -

V I E R T E R A B S C H N I T T

Der Einfluß des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Regelung des Rechtsschutzes im Wahlverfahren.	- 23 -
A) Die Richtlinien für die Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.	- 23 -

- III -

I) Der Zweck der Bestimmung .	- 23 -
II) Die Einzelausgestaltung der Bestimmung	- 24 -
1) Der Justizgewährungsanspruch.	- 24 -
2) Die Auslegungsfunktion: Interpretation zu einem Rechtsanspruch.	- 25 -
3) Die Mindestanforderung an den Rechtsweg.	- 25 -
4) Die Rechtsweggarantie und das Prozeßrecht.	- 25 -
5) Die Bedeutung der Bestimmung innerhalb der drei Gewalten.	- 26 -
B) Die Schranken des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.	- 27 -
I) Art. 41 GG als besondere verfassungs- unmittelbare Vorbehaltsschranke?	- 27 -
1) Die Wahlprüfung als Rechtsprechung und die Anforderungen der Rechtsweggarantie.	- 28 -
2) Kein allumfassendes Prüfungsmonopol der Wahlprüfungsinstanzen in bundesrechtlichen Wahlangelegenheiten.	- 29 -
3) Kein allumfassendes Prüfungsmonopol im Landeswahlrecht des Landes NW.	- 35 -
4) Kein allumfassendes Prüfungsmonopol im Kommunalwahlrecht des Landes NW.	- 37 -
II) Allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken?	- 38 -
1) Die Schranke des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG.	- 38 -
2) Die Schranke des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips.	- 40 -
III) Das Rechtsschutzinteresse als immanente sachliche Gewährleistungsschranke?	- 43 -
1) Das allgemeine Rechtsschutzinteresse kann im Verwaltungsprozeß entgegen der herrschenden Auffassung keine Geltung beanspruchen.	- 44 -

2) Die Lösung der Frage des Rechtsschutzinteresses im Wahlverfahren bei Anerkennung der herrschenden Auffassung.	- 51 -
a) Die Bedeutung eines Rechtsschutzinteresses als immanente sachliche Gewährleistungsschranke im allgemeinen.	- 51 -
b) Das Verhältnis von Recht und Prozeßrecht im allgemeinen.	- 52 -
c) Die Zurückstellung der Untersuchung über die Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse im Wahlverfahren im besonderen.	- 53 -
IV) Die immanente sachliche Gewährleistungsschranke des Begriffs "in seinen Rechten".	- 54 -
1) Der allgemeine Inhalt dieser Schranke.	- 55 -
a) Das Recht und der Reflex des Rechts.	- 55 -
b) Das Recht und die Klagbarkeit. Die Bedeutung der Klagbarkeit im besonderen.	- 56 -
2) Der besondere Inhalt dieser Schranke für den Teilrechtsbereich des Wahlrechts.	- 61 -
a) Die Grundlagen des Wahlrechts.	- 61 -
b) Die Schranken des Wahlrechts.	- 62 -
aa) Der Einwand von der Verzögerung des Wahlablaufs durch weitergehenden Rechtsschutz.	- 63 -
bb) Der Einwand vom Fehlen subjektiver Rechte im Wahlverfahren.	- 64 -
3) Die Untersuchung einzelner typischer Wahlverfahrensakte.	- 67 -
a) Die Wahlverfahrensakte bei dem eigentlichen Wahlakt.	- 67 -
aa) § 52 Abs. 5 BWO.	- 70 -
bb) § 52 Abs. 1 und 8 BWO.	- 72 -

b) Die Nichteintragung in das Wählerverzeichnis.	- 74 -
c) Die Nichtzulassung zur Stimmabgabe im besonderen.	- 76 -
aa) Die Beweisführung für ein Nichtrecht.	- 76 -
bb) Der Beweis für ein Recht.	- 78 -
V) Die immanente sachliche Gewährleistungsschranke des Begriffs "öffentliche Gewalt".	- 80 -
1) Der Streit um die Verfassungstätigkeit als Bestandteil der "öffentlichen Gewalt".	- 80 -
2) Die Möglichkeit, den Streit unentschieden zu lassen, wenn die Wahlverfahrensakte Verwaltungstätigkeit darstellten.	- 81 -
a) Der Stand der Meinungen über den Charakter der Wahlverfahrensakte.	- 81 -
aa) Die Theorie von der verfassungsrechtlichen Hilfstätigkeit.	- 81 -
bb) Die Kennzeichnung der Wahlverfahrensakte als Verwaltungstätigkeit.	- 81 -
cc) Die Theorie von der verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Ambivalenz jedes Wahlverfahrensaktes.	- 82 -
b) Die Widerlegung der Ambivalenztheorie.	- 82 -
c) Die Einordnung der untersuchten Wahlverfahrensakte in den verwaltungsrechtlichen Bereich.	- 86 -
aa) Der Begriff der nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 VwGO.	- 86 -
(1) Die verfassungsrechtliche Streitigkeit im formellen Sinne.	- 86 -
(2) Die verfassungsrechtliche Streitigkeit im materiellen Sinne.	- 86 -

bb) Die Einordnung von Meinungsver- schiedenheiten über die unter- suchten Wahlverfahrensakte.	- 89 -
(1) Kein Verfassungsrechtsstreit im formellen Sinne.	- 89 -
(2) Kein Verfassungsrechtsstreit im materiellen Sinne.	- 90 -
3) Die rechtlich unterschiedliche Ausgangs- lage im Kommunalwahlrecht des Landes NW.	- 93 -
C) Die Folgerungen aus dem Einfluß des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Regelung des Rechts- schutzes im Wahlverfahren.	- 94 -
I) Das Bundeswahlrecht.	- 94 -
1) Die Möglichkeit einer Entscheidung der Verwaltungsgerichte.	- 94 -
2) Das Einspruchsverfahren als Vorver- fahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO. Die Nichtigkeit des Endzeitpunktes des Einspruchsverfahrens (§ 19 Abs. 4 Satz 1 BWO).	- 96 -
3) Die Nichtigkeit des Beschwerdever- fahrens (§ 19 Abs. 5 Sätze 1 bis 6 BWO).	- 99 -
4) Der Einwand mangelnder Rechtskraft.	-101 -
5) Die Verfassungswidrigkeit des Rechts- wegausschlusses (§ 50 BWG) und die Nichtigkeit der Endgültigkeit der Be- schwerdeentscheidung (§ 19 Abs. 5 Satz 7 BWO).	-102 -
II) Das Landeswahlrecht und das Kommunalwahl- recht des Landes NW.	-103 -
1) Die zusätzlichen Gesichtspunkte im Recht des Landes NW.	-103 -
2) Die Verfassungswidrigkeit des Rechts- wegausschlusses (§ 17 Abs. 5 Satz 1 LWG NW und § 11 Abs. 5 Satz 1 KWG NW) und des Beschwerdeverfahrens (§ 17 Abs. 4 LWG NW und § 11 Abs. 4 KWG NW).	-107 -

F Ü N F T E R A B S C H N I T T

Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuordnung
des Rechtsschutzsystems im Wahlrecht.

- 108 -

S E C H S T E R A B S C H N I T T

Die abschließende Zusammenfassung.

- 113 -

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

A l l o r i o , Enrico
Rechtsschutzbedürfnis?
in ZZP 67, 321

A u e r t , Marion
Die Generalklausel im öffentlichen Recht,
Diss. jur. Köln 1960

B a c h o f , Otto
Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer
Amtshandlung,
Tübingen 1951
zitiert: Vornahmeklage

B a c h o f , Otto
Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen
Recht,
in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 237
München 1955
zitiert: Jell.-Ged.

B a c h o f , Otto
Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG v. 18.8.60, I C 42.59,
in DVBl. 1961, 128 (131)

B a c h o f , Otto
Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen
deutschen Verwaltungsrecht,
in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, S. 3
Karlsruhe 1963
zitiert: Staat

B a c h o f , Otto
Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in
der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
Tübingen 1964
zitiert: Rspr.

B a c h o f , Otto
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
in JZ 1966, 302

B a c h o f , Otto
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats,
in VVDStRL 12, 37

B a c h o f , Otto
Diskussionsbeitrag,
in VVDStRL 15, 205

B a c h o f , Otto
Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung
gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechts-
widrigen Gesetz,
in AöR Bd. 87, 1

B a l l , Kurt

Das materielle Wahlprüfungsrecht - seine Entwicklung
und seine Rechtsgrundsätze,
Berlin 1931

B a u m g ä r t e l , Gottfried

Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der
Zivilprozeßordnung und des Gesetzes über die freiwillige
Gerichtsbarkheit,
in ZZP 67, 423

B e r g m a n n , Wolfgang

Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgericht-
lichen Feststellungsklage,
in VerwArch Bd. 49 (1958), S. 333

B e t t e r m a n n , Karl-August

Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher
Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt,
in MDR 1949, 394

B e t t e r m a n n , Karl-August

Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichts-
barkeit,
in: Die Grundrechte, 3. Bd. 2. Halbbd., S. 779
Berlin 1959
zitiert: GR

B e t t e r m a n n , Karl-August

Diskussionsbeitrag,
in VVDStRL 15, 215

B r a u n i a s , Karl

Das parlamentarische Wahlrecht,
Handbuch über die Bildung der gesetzgebenden Körper-
schaften in Europa, 2. Bd. Allgemeiner Teil,
Berlin-Leipzig 1932

D a l l , Werner

Begriff der Rechte im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG,
Diss. jur. Münster 1957 ---

D e C l e r c k , Hans

Verwaltungsgerichtliches Rechtsschutzinteresse und
zivilrechtliche Vorfragenkompetenz,
in DöV 1954, 525

D r a t h , Martin

Das Wahlprüfungsrecht bei der Reichstagswahl,
Berlin 1927

E y e r m a n n , Erich, - F r ö h l e r , Ludwig

Verwaltungsgerichtsordnung,
München-Berlin 1965

F e n e b e r g , Hermann

Bundeswahlgesetz mit Bundeswahlordnung,
München 1957
zitiert: BWG

F o r s t h o f f , Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
München-Berlin 1961

F ü B l e i n , Werner
Erläuterungen zum Bundeswahlgesetz,
in: Deutsches Bundesrecht I A 20, S. 33
zitiert: DBR

G e h r i n g , Otto Werner
Streitgegenstand, Aktivlegitimation und Klagebefugnis
im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß,
in DöV 1954, 331

G e i g e r , Willi
Gesetz über das Bundesverfassungsgericht,
Berlin-Frankfurt 1952

G e l l e r , Gregor, - K l e i n r a h m , Kurt, -
F l e c k , Hans-Joachim
Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen,
Göttingen 1963

G e n s i o r , Walter
Zur Neuordnung des Presserechts,
in JJahrb. Bd. 5 (1964/65), S. 19

G ö n n e n w e i n , Otto
Gemeinderecht,
Tübingen 1963

H a m a n n , Andreas
Das Grundgesetz,
Berlin-Neuwied-Darmstadt 1961

H a t s c h e k , Julius
Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches,
Erster Teil,
Berlin-Leipzig 1915

H o f f m a n n , Heinrich
Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß,
ein Beitrag zur Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO,
in VerwArch Bd. 53 (1962), S. 297

v. H u s e n , Paul
Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie
Regierungsakte?
in DVBl. 1953, 70

J e l l i n e k , Georg
System der subjektiven öffentlichen Rechte,
Tübingen 1905
zitiert: System

J e l l i n e k , Georg
Allgemeine Staatslehre,
Berlin 1921
zitiert: Staatslehre

K a l k b r e n n e r , Helmut
Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers,
in DöV 1963, 41

K a r p e n s t e i n , Peter
Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen
Grundlagen,
Darmstadt 1962

K e l l n e r , Hugo
Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewalt-
verhältnis,
in DöV 1963, 418

K l e i n , Friedrich
Die Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des
Bonner Grundgesetzes,
in VVDStRL 8, 67

K l e i n r a h m , Kurt
Landesverfassung,
in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes
Nordrhein-Westfalen, S. 49
Köln-Berlin 1964

K l i n g e r , Hans
Verwaltungsgerichtsordnung,
Göttingen 1960

K o e h l e r , Alexander
Verwaltungsgerichtsordnung,
Berlin-Frankfurt 1960

K ö t t g e n , Arnold
Abgeordnete und Minister als Statusinhaber,
in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 195
München 1955
zitiert: Jell.-Ged.

K o b a n , Hans
Über das Verhältnis der Verfahrensarten vor dem
Bundesverfassungsgericht,
Diss. jur. Köln 1964

K r ü g e r , Herbert
Allgemeine Staatslehre,
Stuttgart 1964

K ü c h e n h o f f , Günther und Erich
Allgemeine Staatslehre,
Stuttgart 1964

v. K u p s c h , Hans-Karl
Die Bedeutung des § 40 VwGO für die verwaltungs-
gerichtliche Normenkontrolle,
Diss. jur. Würzburg 1965

L a r e n z , Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960

L e c h n e r , Hans
Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen
Unterlassungen des Gesetzgebers,
in NJW 1955, 1817

L e i b h o l z , Gerhard
Der Strukturwandel der modernen Demokratie,
in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 78
Karlsruhe 1958

L e i b h o l z , Gerhard, - R i n c k , Hans Justus
Grundgesetz,
Köln-Marienburg 1966

L o s c h e l d e r , Wilhelm
Einführung,
in: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik
Deutschland, S. 3
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965

L ü k e , Gerhard
Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß,
in JuS 1967, 1

M a e t z e l , Wolf Bogumeil
Berufungsbeschränkungen im Verwaltungsprozeß,
in DöV 1965, 314

v. M a n g o l d t , Hermann, - K l e i n , Friedrich
Das Bonner Grundgesetz,
Bd. 1
Berlin-Frankfurt 1957

v. M a n g o l d t , Hermann, - K l e i n , Friedrich
Das Bonner Grundgesetz,
Bd. 2
Berlin-Frankfurt 1964

M a u n z , Theodor, - D ü r i g , Günter
Grundgesetz,
München-Berlin 1964

M a u n z , Theodor, - S i g l o c h , Heinrich, -
S c h m i d t B l e i b t r e u , Bruno, -
K l e i n , Franz
Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
München-Berlin 1965

M a u r e r , Hartmut
Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG v. 8.3.62, VIII C
185.60,
in JZ 1963, 27

M a y e r , Otto
Deutsches Verwaltungsrecht,
Bd. 1
München-Leipzig 1924

M e n g e r , Christian-Friedrich

Zum staatlichen Rechtsschutz gegenüber kirchlichen
Rechtshandlungen,
in MDR 1955, 512

M e n g e r , Christian-Friedrich

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
in VerwArch Bd. 52 (1961), S. 305; Bd. 53 (1962), S. 176;
Bd. 55 (1964), S. 275

M ü l l e r , Hanswerner

Der Anlaß zur Gesetzgebung,
in DöV 1964, 226

N a s s , Klaus Otto

Wahlorgane und Wahlverfahren bei Bundestags- und
Landtagswahlen,
Göttingen 1959

O b e r m a y e r , Klaus

Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt,
Stuttgart-München-Hannover 1956

O b e r m a y e r , Klaus

Verfassungsgerichtliche Aspekte der verwaltungsgericht-
lichen Normenkontrolle,
in DVBl. 1965, 625

P o h l e , Rudolf

Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis,
in: Festschrift für Lent, S. 195
München-Berlin 1957

R i e t d o r f , Fritz

Wahlprüfung und verwaltungsgerichtliche Generalklausel,
in DV 1949, 665

R i e t d o r f , Fritz

Bundeswahlgesetz und Bundeswahlordnung,
in DöV 1953, 487

R i e t d o r f , Fritz

Gesetz über die Wahl zum Landtag NW vom 26.3.1954,
Stuttgart-Hannover 1954
zitiert: LWG

R i e t d o r f , Fritz

Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande NW vom 12.6.1954,
Stuttgart 1956
zitiert: KWG

R i e t d o r f , Fritz, - G e n s i o r , Walter, -

G r i m m , Max
Leitfaden für die Vorbereitung und Durchführung der
Bundestagswahl 1965,
Köln 1965

R e d e k e r , Konrad, - v. O e r t z e n , Hans-Joachim
Verwaltungsgerichtsordnung,
Stuttgart 1965

R o s e n b e r g , Leo

Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts,
München-Berlin 1960

R u p p , Heinrich

Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre
(Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis),
Tübingen 1965

S e i f e r t , Karl-Heinz

Der Regierungsentwurf zum Bundeswahlgesetz,
in DöV 1953, 145

S e i f e r t , Karl-Heinz

Parlamentswahlen und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in DöV 1953, 365

S e i f e r t , Karl-Heinz

Das Bundeswahlgesetz,
in DöV 1956, 257

S e i f e r t , Karl-Heinz

Das Bundeswahlgesetz, Bundeswahlordnung und wahlrecht-
liche Nebengesetze,
Berlin-Frankfurt 1965
zitiert: BWG

S c h i l l e r , Klaus

Das sachliche Wahlprüfungsrecht und seine Randgebiete,
Diss. jur. Bonn 1958

S c h m i t t , Carl

Verfassungslehre,
Berlin 1954

S c h m i t t , Werner

Der Verlust des Abgeordnetenmandates in den politischen
Volksvertretungen der Bundesrepublik,
Diss. jur. Göttingen 1955

S c h n e i d e r , Peter

Prinzipien der Verfassungsinterpretation,
in VVDStRL 20, 1

S c h o b e r , Eckehard

Anfechtungsklage und erledigter Verwaltungsakt,
in DöV 1966, 552

S c h ö n k e , Adolf

Das Rechtsschutzbedürfnis,
Detmold 1950

S c h r a m m , Theodor

Die Verantwortlichkeit der Verwaltung bei der Anwendung
verfassungswidriger Gesetze,
Diss. jur. Bonn 1965

S c h r ö c k e r , Sebastian

Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz,
Berlin 1960

Schunck, E., - De Clerk, Hans,
Verwaltungsgerichtsordnung,
Siegburg 1961

Thoma, Richard
(Nachweise zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes)
in JÖR Bd. 1

Ule, Carl Hermann
Das besondere Gewaltverhältnis,
in VVDStRL 15, 133

Ule, Carl Hermann
Verwaltungsprozeßrecht,
München-Berlin 1960

Ule, Carl Hermann
Verwaltungsgerichtsbarkeit,
in: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder,
M.v.Brauchitsch, Bd. 1, 2. Halbbd.
Köln-Berlin-München-Bonn 1962
zitiert: Brauchitsch

Voigt, Paul
Kann die gerichtliche Nachprüfung eines Verwaltungsaktes
durch Landesgesetz ausgeschlossen werden?
in DV 1949, 433

Witten, E.
Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges und die
Praktikabilität des Grundgesetzes,
in NJW 1961, 753

Westera, Heribert
Die Wahlverfahren und ihre Vereinbarkeit mit den
demokratischen Anforderungen an das Wahlrecht,
Berlin 1955

Wolff, Hans. J.
Verwaltungsrecht,
Bd. 1
München-Berlin 1965

Wolff, Hans J.
Verwaltungsrecht,
Bd. 3
München-Berlin 1966

Zuhorn, Karl, - Hoppe, Werner
Gemeinde-Verfassung,
Siegburg 1962

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	an angegebenem Orte
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Bad. VGH Frbg.	Badischer Verwaltungsgerichtshof Freiburg
BBG	Bundesbeamtengesetz, in der Fassung vom 22.10.1965 (BGBl. I S. 1776)
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Bundesgerichtshof (Strafsachen)
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtensrechts, in der Fassung vom 22.10.1965 (BGBl. I S. 1754)
BStBl.	Bundessteuerblatt
BTDr.	Bundestagsdrucksache (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungs- gericht vom 12.3.1951 (BGBl. I S. 243), letzte Änderung vom 5.8.1964 (BGBl. I S. 593)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWG	Bundeswahlgesetz vom 7.5.1956 (BGBl. I S. 383), letzte Änderung vom 16.3.1965 (BGBl. I S. 65)
BWO	Bundeswahlordnung, in der Fassung vom 8.4.1965 (BGBl. I S. 240)
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
Diss. jur.	juristische Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DV	Deutsche Verwaltung

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	amtliche Entscheidungssammlung
Erl.	Erläuterung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1), letzte Änderung vom 30.7.1965 (BGBl. I S. 649)
GO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.10.1952 (GS.NW. S. 167), letzte Änderung vom 25.2.1964 (GV.NW S. 45)
GS.NW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen, von 1945 bis 1.1.1957
GV.NW	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
h.M.	herrschende Meinung
Hess. VGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
InnenMin.	Innenminister(ium)
insb.	insbesondere
JJahrb.	Juristenjahrbuch
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KrO NW	Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.7.1953 (GS.NW.S. 208), letzte Änderung vom 25.2.1964 (GV.NW. S. 45)
KWG NW	Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande Nordrhein-Westfalen, in der Fassung vom 5.3.1964 (GV.NW. S. 53)
KWO NW	Kommunalwahlordnung, in der Fassung vom 13.3.1964 (GV.NW. S. 79)
LPG NW	Pressegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 24.5.1966 (GV.NW. S. 340)
LTDr.	Landtagsdrucksache für Nordrhein-Westfalen (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
LV NW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.6.1950 (GS.NW. S. 3), letzte Änderung vom 27.7.1965 (GV.NW. S. 220)

LWG NW	Gesetz über die Wahl zum Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen, in der Fassung vom 9.2.1966 (GV.NW. S. 40)
LWO NW	Landeswahlordnung, in der Fassung vom 30.3.1966 (GV.NW. S. 154)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
OVG Mstr.	Oberverwaltungsgericht Münster
OVG Rheinl.-Pfalz	Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz
RdErl.	Runderlaß
Rdnr.	Randnummer
S.	Seite
Sten.Ber.	Stenographische Berichte
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom
Vbm.	Vorbemerkung
VerfGG NW	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen vom 4.3.1952 (GS.NW. S. 23)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heftnummern)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17), letzte Änderung vom 12.8.1965 (BGBl. I S. 782)
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27.4.1953 (BGBl. I S. 157), letzte Änderung vom 12.4.1961 (BGBl. I S. 425)

VwVG NW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 23.7.1957 (GV.NW. S. 216), letzte Änderung vom 22.5.1962 (GV.NW. S. 263)
WPG	Wahlprüfungsgesetz vom 12.3.1951 (BGBl. I S. 166), letzte Änderung vom 24.8.1965 (BGBl. I S. 977)
WPG NW	Gesetz über die Prüfung der Wahlen zum Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen vom 20.11.1951 (GS. NW. S. 58)
WR-Bericht	Grundfragen eines deutschen Wahlrechts, Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Wahlrechtskommission, Bonn 1955
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Erster Abschnitt:

Einleitung.

Der heutige moderne Staat ist in wesentlichem Umfang Sozialstaat, der die soziale Daseinsvorsorge und -fürsorge als eine seiner Hauptaufgaben betrachtet. Er unternimmt es demgemäß, beträchtliche Teile des Sozialprodukts über die öffentlichen Haushalte nach sozialen Wertmaßstäben umzuverteilen und dabei den Grundgedanken der Schaffung gleicher Lebensbedingungen für alle im Rahmen des Möglichen zu verwirklichen. Es ist eine zwangsläufige Folge dieser staatlichen Aktivität, daß er in ständig steigendem Maße intervenieren, also die Verwirklichung der sozialen Staatsziele durch eine Vielzahl normativer Regelungen auf allen Gebieten sichern muß. Hiervon werden zunehmend auch solche Aufgaben betroffen, die bisher unabhängig von staatlicher Einwirkung erledigt wurden.

Im Zuge dieser Entwicklung ist es nur natürlich, daß der Bürger, der in größer werdendem Umfang in allen seinen Lebensbereichen mit staatlichem Wirken in Berührung kommt, stärkeres Interesse an der Frage gewinnt, inwieweit er auf diese Vorgänge Einfluß nehmen kann. Aus den mannigfaltigen Möglichkeiten der Einwirkung auf die staatliche Willensbildung und die Durchführung von Staatsaufgaben ist in der vorliegenden Untersuchung das vornehmste demokratische Recht des Staatsbürgers herausgegriffen, das Wahlrecht. Mit der Ausübung dieses Rechtes vermag der Bürger nach eigenem Willen zu bestimmen, in welche Richtung die vom Staat beeinflusste und kontrollierte Entwicklung verlaufen soll.

Dieses Recht ist aber für den Staatsbürger nur von geringer Bedeutung, wenn die ihm dadurch

eingräumte Möglichkeit zur Mitwirkung an der staatlichen Gestaltung nicht auch im Streitfall behauptet werden kann, das Recht also nicht auch den ihm gebührenden Rechtsschutz erfährt. In dieser Untersuchung wird zu zeigen sein, in welchem großem Maße gerade das Wahlrecht dieses in anderen Rechtsgebieten schon als Gewohnheit begriffenen, also selbstverständlichen Schutzes entbehrt.

Die Frage nach einem Rechtsschutz im Wahlrecht ist nicht neu ¹⁾. Sie muß jedoch unter der Geltung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, wonach jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offensteht, in neuem Lichte erscheinen. Trotz dieser in ihrem rechtlichen Umfang neuartigen Verfassungsbestimmung ist aber für den Schutz des Bürgers in der hier zu untersuchenden Frage keine entscheidende Besserung eingetreten. Die Problemstellung für das hier interessierende Rechtsgebiet ist offenbar sogar ausdiskutiert und gewissermaßen wieder ad acta gelegt. Erkennbar werdende Ansätze zu einer Berufung auf eine in dieser Frage ständige Rechtsprechung ²⁾, die nie überzeugend und eingehend begründet war, drohen, eine fruchtbare Weitererörterung dieses Problems überhaupt zu ersticken.

Die Untersuchung der Frage nach dem Rechtsschutz im Wahlrecht, die hier erneut aufgenommen wird, soll sich überwiegend auf das Bundeswahlrecht beziehen. Obwohl die Problematik im Landes- und im Kommunalwahlrecht der Länder ähnlich liegt, soll daneben nur das nordrhein-westfälische Recht Berücksichtigung finden; die Einbeziehung der gesamten Landesvorschriften wäre

1) vgl. z.B. GJellinek, System, S. 166

2) vgl. dazu etwa: BVerfG v. 20.10.60, 2 BvR 6/60, E 11, 329/ BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154 unter Bezugnahme auf den unveröffentlichten Beschluß v. 31.8.57, 2 BvR 4/57, aus dem sich nichts anderes ergibt/ BVerfG v. 15.5.63, 2 BvR 194/63, E 16/128 (129,130) / neuerdings: Hess, VGH v. 3.11.65, OS II 45/65, DöV 1966, 505 (506)

einem gestrafften Gang der Untersuchung hinderlich. Für das nordrhein-westfälische Recht wird, soweit sich entscheidende Abweichungen vom Bundesrecht ergeben oder es zum Verständnis erforderlich erscheint, eine vergleichende Übersicht in einem besonderen Abschnitt, jeweils im Anschluß an die Erörterung der einzelnen Fragen im Bundesrecht gegeben.

Zweiter Abschnitt:

Das System des Rechtsschutzes im Wahlrecht.

A) Das Bundeswahlrecht.

Das System des Rechtsschutzes im Verfahren der Bundestagswahl ist zweigliedrig ausgestaltet. Es ist zu unterscheiden zwischen einem Rechtsschutz, der bis zum Zeitpunkt der Wahl, also während des eigentlichen Wahlverfahrens³⁾ gewährt wird, und einem Rechtsschutz, der nach Abschluß der Wahl, im sogenannten Wahlprüfungsverfahren, zur Verfügung steht.

I) Der Rechtsschutz im Wahlverfahren hat die Nachprüfung von sogenannten Wahlverfahrensakten, das heißt Maßnahmen und Entscheidungen von Wahlbehörden und Wahlorganen im weitesten Sinne, zum Gegenstand. Bei den Wahlverfahrensakten bis zum Zeitpunkt der Wahl ist er nach der geltenden Regelung auf bestimmte Tatbestände und auf reine Verwaltungsentscheidungen beschränkt. Die hierfür maßgebenden Bestimmungen lauten:

Wer das Wählerverzeichnis für unrichtig oder unvollständig hält, kann innerhalb der Auslegungsfrist Einspruch einlegen (§ 19 Abs.1 BWO). Der Einspruch wird bei der Gemeindebehörde eingelegt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 BWO).

Die Gemeindebehörde hat ihre Entscheidung dem Antragsteller und dem Betroffenen spätestens am 10. Tage vor der Wahl zuzustellen und auf das zulässige Rechtsmittel hinzuweisen. Einem auf Eintragung gerichteten Einspruch gibt die Gemeindebehörde in der Weise statt, daß sie dem Wahlberechtigten nach Berichtigung des Wählerverzeichnisses die Wahlbenachrichtigung zugehen läßt (§ 19 Abs. 4 BWO).

3) Über die Terminologie soll hier nicht gestritten werden; im folgenden wird der Begriff "Wahlverfahren" in dem angegebenen Sinne verwendet.

Wird diesem Einspruch nicht stattgegeben, so ist dem Antragsteller und dem Betroffenen noch eine weitere Überprüfungsmöglichkeit eröffnet:

Gegen die Entscheidung der Gemeindebehörde kann binnen 2 Tagen nach Zustellung Beschwerde an den Kreiswahlleiter eingelegt werden (§ 19 Abs. 5 Satz 1 BWO).

Der Kreiswahlleiter hat über die Beschwerde spätestens am 4. Tage vor der Wahl zu entscheiden (§ 19 Abs. 5 Satz 4 BWO).

Ein weitergehender Rechtsschutz bis zum Tage der Wahl ist nicht gegeben. Er wird vielmehr sogar ausdrücklich ausgeschlossen:

Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren beziehen, können nur mit den in diesem Gesetz und in der Bundeswahlordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen sowie im Wahlprüfungsverfahren angefochten werden (§ 50 BWG).

Sie (die Beschwerdeentscheidung) ist vorbehaltlich anderer Entscheidung im Wahlprüfungsverfahren endgültig (§ 19 Abs. 5 Satz 7 BWO).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß bis zum Zeitpunkt der Wahl zum Bundestag die Gerichte von der Überprüfung der Wahlverfahrensakte durch gesetzliche Regelung ausgeschlossen sind.

II) Mit dem Abschluß des Wahlaktes eröffnet sich durch das Wahlprüfungsverfahren eine weitere Rechtsschutzmöglichkeit.

1) Gegenstand dieses Wahlprüfungsverfahrens ist einmal die Gültigkeit der Wahl (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG, § 1 Abs. 1 WPG) und zum anderen die Frage, ob ein Abgeordneter des Bundestages die Mitgliedschaft verloren hat (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 GG, § 15 WPG). Die Prüfung erstreckt sich auf die gesamten Wahlvorgänge, also auch auf das Wahlverfahren.

Diese Prüfung wird zunächst vom Bundestag selbst durchgeführt (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG, § 1 Abs. 1 WPG). Sie setzt einen Einspruch voraus, den unter anderem auch jeder Wahlberechtigte erheben kann (§ 2 Abs. 1 und 2 WPG). Wird die Wahl für ungültig erklärt, so sind die sich daraus ergebenden Folgerungen, z.B. die Wiederholung der Wahl, festzustellen (§ 1 Abs. 2 WPG).

Gegen die Entscheidung des Bundestages kann Beschwerde bei dem Bundesverfassungsgericht erhoben werden (Art. 41 Abs. 2 GG, § 18 WPG, § 13 Ziff. 3 BVerfGG). Zur Einlegung der Beschwerde ist unter anderem der Wahlberechtigte befugt, dessen Einspruch vom Bundestag verworfen worden ist, sofern ihm mindestens einhundert Wahlberechtigte beitreten (§ 48 BVerfGG).

2) Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben, ist der Umfang der Wahlprüfung beschränkt. Sie erstreckt sich nur und ausschliesslich auf die Untersuchung, ob die Zusammensetzung des Bundestages den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Daher können im Wahlprüfungsverfahren nur solche Wahlfehler mit Erfolg geltend gemacht werden, die auf die Mandatsverteilung von Einfluß sind. Alle anderen Wahlfehler, die die Ermittlung des Wahlergebnisses nicht berühren oder diese zwar betreffen, aber angesichts des festgestellten Stimmenverhältnisses keinen Einfluss auf die Mandatzuteilung haben, scheiden damit schon von vornherein im Wahlprüfungsverfahren aus. Gegenstand der Wahlprüfung ist mithin nach allgemeiner Auffassung nicht die Verletzung subjektiver Rechte, sondern die Gültigkeit der Wahl als solche ⁴⁾.

4) BTDr. 1, 2980 / BTDr. 1, 2981 / BTDr. 1, 2982 / BTDr. 1, 3202 / BTDr. 2, 513 / BTDr. 2, 1331 / BTDr. 4, 497 / BTDr. 4, 502 / BTDr. 4, 504 / BTDr. 4, 518 / BTDr. 4, 519 / BVerfG v. 5.4.52, 2 BvH 1/52, E 1, 209 (237, 238) / BVerfG v. 21.12.55, 1 BvC 2/54, E 4, 370 (372) / BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154 / BVerfG v. 15.5.63, 2 BvR 194/63, E 16, 128 f. / v. Mangoldt-Klein, Bd. 2, zu Art. 41 Anm. III 1 c / Maunz-Dürig, zu Art. 41 Rdnr. 6 / Karpenstein, S. 49 / Seifert, BWG, zu Art. 41 Rdnr. 9, S. 64 / Schiller, S. 13 / Schmitt, S. 28

Welche Wahlfehler auf die Mandatsverteilung von Einfluß und mithin erheblich sind, war seit jeher Gegenstand der Überlegungen ⁵⁾. Inzwischen hat sich eine geeignete Methode zur Feststellung der Erheblichkeit von Wahlfehlern herausgebildet, die auch in der Praxis des Bundestages verwendet wird.

Das bedeutsame Merkmal dieser Methode liegt darin, daß nicht entscheidend ist, ob die Sitzverteilung infolge des Wahlfehlers tatsächlich verfälscht ist. Diese Feststellung kann nämlich in einer Vielzahl von Fällen überhaupt nicht mit absoluter Sicherheit getroffen werden. So ist man für die Ermittlung der Erheblichkeit der Wahlfehler z.B. bei der rechtswidrigen Nichtzulassung eines Wahlbewerbers oder bei einer größeren Anzahl rechtswidrig von der Wahl ausgeschlossener Wahlberechtigter mehr oder weniger auf unsichere Vermutungen angewiesen. Als allein entscheidend wird daher bei der nunmehr angewandten Methode angesehen, ob sich der Fehler unter den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalles überhaupt auf die Sitzverteilung auswirken können oder nicht. Diese Frage ist eindeutig zu beantworten. Man unterstellt die denkbar ungünstigste und weiteste Auswirkungsmöglichkeit des Wahlfehlers und untersucht, ob eine Änderung in der Sitzverteilung eintritt. Ergibt sich eine Veränderung, so besteht die Möglichkeit einer Einwirkung und damit die Möglichkeit einer unrichtigen Mandatsverteilung. Ändert sich die Sitzverteilung jedoch nicht, so hat der Fehler keine Wirkung auf sie gehabt, da er diese Wirkung gar nicht haben können. Man geht also bei dieser Methode davon aus, daß die für die bisherige Besetzung der Volksvertretung ungünstigste Auswirkungsmöglichkeit des Wahlfehlers in Wirklichkeit eingetreten sei,

5) vgl. hierzu im einzelnen die Zusammenstellung und die Nachweise bei Schiller: Wählerbefragung, S. 62, Wahrscheinlichkeitsrechnung, S. 62 f., Neuverteilung der verdächtigen Stimmen, S. 64

auch wenn diese Auswirkungsmöglichkeit noch so unwahrscheinlich erscheint ⁶⁾.

Zur Verdeutlichung des Verfahrens seien einige Beispiele hierzu angeführt ⁷⁾.

Haben in einem Wahlkreis drei Personen zu Unrecht gewählt, bestünde die ungünstigste Möglichkeit für die bisherige Mandatsverteilung im Wahlkreis darin, daß alle drei Wähler ihre Stimme für den Sieger abgegeben hätten. Unterstellt man dies als geschehen, zieht man der auf den Sieger entfallenen Stimmenzahl diese drei Stimmen ab und überprüft dann das Stimmenverhältnis im Wahlkreis, so läßt sich ermitteln, ob sich die Stimmabgabe der drei Unberechtigten auf den Mandatserwerb des Siegers hat auswirken können.

Hat demgegenüber eine Anzahl von Wählern zu Unrecht nicht an der Wahl teilnehmen dürfen, so besteht die ungünstigste Auswirkungsmöglichkeit für den Sitzserwerb im Wahlkreis darin, daß alle an der Ausübung ihres Wahlrechts Behinderten für den zweitstärksten Bewerber gestimmt hätten. Man rechnet daher diesem die entsprechende Anzahl von Stimmen zu und prüft, ob der siegreiche Wahlbewerber seinen Vorsprung verliert.

Soll der Einfluß einer unberechtigten Teilnahme von Wählern auf die Verteilung der nach Landeslisten zu besetzenden Sitze ermittelt werden, muß man die Bedingungen der Verhältniswahl berücksichtigen. In diesen Fällen ist daher die jeweilige Anzahl der zu Unrecht abgegebenen Stimmen der Reihe nach bei allen Listen abzusetzen und jedesmal zu errechnen, ob sich die Höchstzahlverteilung

6) Schiller, S. 102 ff. / Drath, S. 17 ff. / BTDr. 1, 3202 / BTDr. 1, 3295 / BTDr. 2, 1331 /
ähnlich: Schmitt, S. 29 / Rietdorf, LWG, zu § 36 Erl. 3 /
a.A. Seifert, BWG, S. 339, 343

7) in Anlehnung an Schiller, S. 104 ff.

ändert. Verändert sie sich, ist damit zugleich die ungünstigste Möglichkeit gefunden. Bleibt die Höchstzahlverteilung dagegen bei allen Variationen gleich, so hat sich der Wahlfehler auf die Mandatsverteilung nicht auswirken können ⁸⁾.

8) Als weiteres Beispiel sei angefügt:

Bei rechtswidriger Nichtzulassung eines Kreiswahlvorschlages oder eines Listenwahlvorschlages muß immer durch Ungültigkeitserklärung der Wahl im Wahlkreis und Durchführung einer Wiederholungswahl berichtigt werden. Zu unterstellen ist hier als ungünstigste Möglichkeit der Auswirkung, daß alle Wähler, die ihre Stimme dem Sieger gegeben haben, für den nicht zugelassenen Bewerber gestimmt hätten (Schiller, S. 113 / Ball, S. 212 / Seifert, BWG, S. 343).

Schiller, S. 114, meldet selbst Zweifel an, ob man bei dieser Fehlerart die bloße Möglichkeit der Auswirkung auf die Sitzverteilung genügen lassen sollte (zweifelnd auch Seifert, BWG, S. 343), sieht jedoch hierin den einzigen Weg, die Entscheidung auch bei verhältnismäßig aussichtslosen Wahlvorschlägen nach rechtlichen Gesichtspunkten zu fällen und einer willkürlichen, auf bloße Vermutungen gestützten Berichtigung zu entziehen.

Diese Folge der jeweiligen Ungültigkeitserklärung der Wahl bei rechtswidriger Nichtzulassung eines Kreis- oder Listenwahlvorschlages, die auch hier als notwendig anerkannt wird, ist einer der Gründe dafür, daß in der vorliegenden Untersuchung allein der Rechtsschutz für das aktive Wahlrecht untersucht wird; denn wenn auch in diesen Fällen im Wahlprüfungsverfahren nicht die Verletzung des passiven Wahlrechts als eines subjektiven Rechts festgestellt wird, so ist doch die stets auszusprechende Folge der Ungültigkeit der Wahl ein weitreichender Schutz des Wahlbewerbers. Inzidenter ist damit zugleich entschieden, daß das subjektive passive Wahlrecht des Wahlbewerbers beeinträchtigt war. Für die Dokumentation eines mangelnden Rechtsschutzes des subjektiven Wahlrechts eignet sich daher - wie noch zu zeigen sein wird - das aktive Wahlrecht weitaus besser. Wenngleich daher die Untersuchung auf das aktive Wahlrecht beschränkt bleibt, gilt das hier Gesagte in gleicher Weise entsprechend auch für das passive Wahlrecht.

3) Wie diese Beispiele zeigen, ist für eine erfolgreiche Durchführung des Wahlprüfungsverfahrens entscheidend, ob sich der Wahlfehler auf die bestehende Sitzverteilung ausgewirkt haben kann. Dieser das Wahlprüfungsverfahren kennzeichnende, allein maßgebend zu berücksichtigende Erheblichkeitsgrundsatz findet seine Rechtfertigung darin, daß es im Sinn und Zweck eines Wahlprüfungsverfahrens liegt, lediglich die Gültigkeit der Wahl zu überprüfen und damit zu gewährleisten. Prozeßgegenstand ist dementsprechend die Gültigkeit der gesamten Wahl ⁹⁾. Die Hauptfrage dieses Verfahrens geht nach allem dahin, die Erheblichkeit des Wahlfehlers, also die Auswirkungsmöglichkeit auf den Mandatserwerb, festzustellen. Die Ermittlung der Fehlerhaftigkeit der angegriffenen Wahlmaßnahme ist im Wahlprüfungsverfahren lediglich eine Nebenfrage ¹⁰⁾. Daraus ergibt sich, daß es überhaupt zu einer Prüfung der Fehlerhaftigkeit dieser Wahlmaßnahme nur und allein dann kommt, wenn sich der Fehler auf die Sitzverteilung ausgewirkt haben kann ¹¹⁾. Für den Schutz des subjektiven Wahlrechts bedeutet dies, daß dessen rechtswidrige Verletzung nur dann festgestellt und deutlich gemacht wird, wenn sich ohne diese rechtswidrige Beeinträchtigung der Mandatserwerb geändert haben

9) Nass, S. 220

10) Schiller, S. 25

11) in dieser Weise ganz deutlich: BVerfG v. 21.12.55, 1 BvC 2/54, E 4, 370 (372)

Dabei soll nicht übersehen werden, daß entgegen der Praxis des Bundesverfassungsgerichtes der Wahlprüfungsausschuß des Bundestages jedenfalls teilweise über diesen Rahmen hinausgeht, indem er die Fehlerhaftigkeit des beanstandeten Wahlverfahrens aktes vorweg prüft und damit dem Einspruchsberechtigten in den Grenzen des Möglichen zumindest deklaratorisch zu seinem Recht verhilft; vgl. dazu die Nachweise in Fußnote ⁴⁾. Verpflichtet ist der Ausschuß zu dieser weitergehenden Prüfung jedoch nicht. Das äußert sich auch schon darin, daß jeweils als ausschlaggebender Grund für die Unbegründetheit des Einspruchs angeführt wird, die Maßnahme habe, selbst wenn sie rechtswidrig gewesen sein solle, auf den Mandatserwerb keinen Einfluß gehabt.

könnte. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß eine derartige Fallgestaltung angesichts der Größe der Wahlkreise und der Vielzahl von Aktivbürgern bei einer Verletzung des subjektiven Wahlrechts einer lediglich geringen Zahl von Wahlberechtigten nur äußerst selten eintreten wird. Das subjektive Wahlrecht des Aktivbürgers bleibt daher in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle jedenfalls im Wahlprüfungsverfahren ungeschützt. Aber selbst dann - und das wäre ausschließlich vom Zufall abhängig -, wenn die rechtswidrige Beeinträchtigung des subjektiven Wahlrechts ausnahmsweise einmal Auswirkungen auf die Sitzverteilung haben kann, wird nur die objektive Rechtswidrigkeit der Wahlmaßnahme im Wahlprüfungsverfahren, und dies nur als Vorfrage, behandelt und damit über die Beeinträchtigung des subjektiven Wahlrechts lediglich inzidenter entschieden.

Es wurde bereits herausgestellt ¹²⁾, daß sich die Wahlprüfung auf den gesamten Wahlvorgang bezieht, also auch solche Wahlfehler zum Gegenstand des Wahlprüfungsverfahrens gemacht werden können, die im Bereich des eigentlichen Wahlverfahrens liegen. Ebenso ist betont worden, daß auch die Wahlprüfung durch das Bundesverfassungsgericht keinen weitergehenden Umfang hat als die des Bundestages ¹³⁾. Damit kann zusammenfassend folgendes festgestellt werden: Eine Überprüfung von Verletzungen des subjektiven aktiven Wahlrechts durch unabhängige Gerichte ist im Wahlverfahren gesetzlich ausgeschlossen. Bei der möglicherweise nachfolgenden Wahlprüfung ist dieses subjektive Recht ebenfalls nicht Gegenstand des Verfahrens. Mithin stellt das Wahlprüfungsverfahren, obwohl es vor einem Gericht, dem Bundesverfassungsgericht, endet, keinen Ersatz für den im Wahlver-

12) S. 5 / dazu: Maunz-Dürig, zu Art. 41 Rdnr. 5

13) vgl. die Nachweise in Fußnote 4) und 11)

fahren fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz dar ¹⁴⁾.

B) Das Landes- und das Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen.

Ähnlich wie auf Bundesebene stellt sich die Rechtslage im nordrhein-westfälischen Landeswahlrecht und Kommunalwahlrecht dar.

I) Bis zum Zeitpunkt der Wahl wird ein Rechtsschutz für das aktive Wahlrecht - das aktive Wahlrecht ergibt sich bei Wahlen zum Landtag aus Art. 30 Abs. 1 LV NW in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 LV NW, bei Wahlen zum Kreistag aus § 21 Abs. 1 Satz 1 KrO NW und bei Wahlen zum Gemeinderat aus § 29 Abs. 1 Satz 1 GO NW - lediglich durch Verwaltungsentscheidungen gewährt. Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

Wer das Wählerverzeichnis (Wählerliste oder Wählerkartei) für unrichtig oder unvollständig hält, kann innerhalb der Auslegungsfrist bei der Gemeindeverwaltung Einspruch einlegen. Der Gemeindedirektor hat die Entscheidung unverzüglich zu fällen und dem Antragsteller und dem Betroffenen zuzustellen (§ 17 Abs. 1 und 3 LWG NW und gleichlautend § 11 Abs. 1 und 3 KWG NW).

Führt dieser Einspruch nicht zum Erfolg, so besteht noch eine weitere Überprüfungsmöglichkeit:

Gegen die Entscheidung des Gemeindedirektors kann binnen 3 Tagen nach Zustellung Beschwerde eingelegt werden, über die die Aufsichtsbehörde entscheidet (§ 17 Abs. 4 LWG NW und gleichlautend § 11 Abs. 4 KWG NW).

14) allgemeine Meinung: vgl. z.B. Seifert, DöV 1953, 365 (366) / Seifert, BWG, zu Art. 41 Rdnr. 9 ff., S. 64,65 / Nass, S. 215

Ein weitergehender Rechtsschutz bis zum Tage der Wahl wird auch hier ausdrücklich ausgeschlossen:

Die Einspruchs- und Beschwerdeentscheidung ist für die Berechtigung zur Teilnahme an der Wahl endgültig. Sie schließt die Erhebung eines Einspruchs im Wahlprüfungsverfahren nicht aus (§ 17 Abs. 5 LWG NW und gleichlautend § 11 Abs. 5 KWG NW).

Auch hier sind also jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Wahl die Gerichte an der Überprüfung der Wahlverfahrensakte durch eine gesetzliche Regelung gehindert.

II) Ähnlich dem Wahlprüfungsverfahren im Bund ist das Verfahren zur Überprüfung der Landtagswahlen und - von geringen Abweichungen abgesehen - der Kommunalwahlen nach dem Abschluß der Wahl geregelt.

1) Die Prüfung der Gültigkeit der Landtagswahlen wird durch den Landtag ausgeführt. Sie setzt einen Einspruch voraus (§ 1 Abs. 1 WPG NW). Einspruchsberechtigt ist unter anderem auch jeder Wahlberechtigte (§ 3 Satz 1 WPG NW). Allerdings ist für ihn - und das ist ein wesentlicher Unterschied zum Bundeswahlrecht - dieses Einspruchsrecht insofern beschränkt, als er schon hierzu der vorherigen schriftlichen Zustimmung von mindestens 50 weiteren Wahlberechtigten bedarf (§ 3 Satz 2 WPG NW). Diese Einschränkung, die im Bundeswahlrecht erst für die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht in § 48 BVerfGG festgelegt ist, macht hier schon im Unterschied zum Bundesrecht besonders deutlich, daß es sich bei dem Wahlprüfungsverfahren um ein rein objektives Verfahren handelt, und es demgemäß nicht darauf ankommt, ob der Wahlberechtigte in seinem subjektiven Wahlrecht beeinträchtigt ist. Entsprechend dieser Erschwerung der Einspruchsmöglichkeit sind gegen die

Gültigkeit der Landtagswahlen in Nordrhein-Westfalen vom 10. Juli 1966 nur zwei Einsprüche eingegangen, die beide wegen der fehlenden vorherigen schriftlichen Zustimmung der mindestens 50 weiteren Wahlberechtigten als unzulässig zurückgewiesen wurden ¹⁵⁾.

Sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, so ergeht eine erfolversprechende Entscheidung über den Einspruch jedoch ebenfalls nur dann und insoweit, als hierdurch die bereits ermittelte Verteilung der Sitze verändert wird. Im einzelnen kann der Einspruch unter anderem nur darauf gestützt werden, daß zu Unrecht gültige Stimmen für ungültig oder ungültige Stimmen für gültig erklärt worden sind, deren Zahl die Verteilung der Sitze verändert (§ 5 Ziff. 2 WPG NW). In diesem Fall kann die Entscheidung des Landtages nur auf Gültigkeit oder Ungültigkeit einer bestimmten Anzahl von Stimmenzetteln lauten; bei dieser Richtigstellung ist gegebenenfalls das Wahlergebnis neu festzustellen (§ 7 Abs. 1 Ziff. 2 WPG NW). Weiterer Einspruchsgrund ist, daß Vorschriften des Grundgesetzes, der Landesverfassung, des Landeswahlgesetzes oder der zu diesem ergangenen Durchführungsverordnungen bei der Vorbereitung oder der Durchführung der Wahl oder bei der Ermittlung des Wahlergebnisses in einer Weise verletzt worden sind, die die Verteilung der Sitze beeinflußt (§ 5 Ziff. 3 WPG NW). Hier kann die Entscheidung des Landtages ebenfalls nur auf Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl lauten (§ 7 Abs. 1 Ziff. 3 WPG NW).

Die gegen die Entscheidung des Landtags zulässige Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (§ 10 Abs. 1 WPG NW) hat gleichfalls keinen weitergehenden Umfang. Nach § 34 VerfGG NW im Zusammenhang mit § 10 Abs. 2 WPG NW wird die beschränkende Vorschrift des § 7 WPG NW auch in

15) vgl. LTDr. 6,40 / LTDr. 6, 95

dem Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof angewendet.

2) Eine Entscheidung über die Gültigkeit von Wahlen zu den Gemeinde- und den Kreisvertretungen ergeht durch die jeweilige neue Vertretung ebenfalls auf Einspruch unter anderem jedes Wahlberechtigten des Wahlgebietes (§ 37 Abs. 1 Satz 1 KWG NW). Auch die von den Wahlbehörden bei der Vorbereitung der Wahl oder bei der Wahlhandlung getroffenen Entscheidungen können hierbei zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden (§ 37 Abs. 2 Satz 1 KWG NW).

Im einzelnen gilt folgendes: Wird bei der Prüfung festgestellt, daß während der Wahlvorbereitung oder der Wahlhandlung Unregelmäßigkeiten geschehen sind, die im jeweils vorliegenden Einzelfall auf das Wahlergebnis im Wahlbezirk oder auf die Zuteilung der Sitze aus der Reserve-liste von entscheidendem Einfluß gewesen sein können, so ist die Wahl für ungültig zu erklären und dementsprechend eine Wiederholungswahl anzuordnen (§ 38 Abs. 1 Buchst. b KWG NW). Liegen diese Fälle - und eine weitere in dieser Vorschrift geregelte, das passive Wahlrecht betreffende Fallgestaltung - nicht vor, so ist bezeichnenderweise die Wahl für gültig zu erklären (§ 38 Abs. 1 Buchst. d KWG NW).

Gegen den Beschluß der Gemeinde- bzw. der Kreisvertretung kann wegen des besonderen Charakters der kommunalen Wahlen Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden (§ 39 Satz 1 KWG NW). Wie aber die Formulierungen in § 38 Abs. 3 Satz 1 KWG NW und § 41 Abs. 1 Satz 1 KWG NW bereits zeigen (ist der Beschluß "im verwaltungsgerichtlichen Verfahren rechtskräftig bestätigt"), bezieht sich die Prüfung des Gerichts ebenfalls nur auf die in § 38 Abs. 1 KWG NW festgelegten Wahlprüfungsgründe ¹⁶⁾.

¹⁶⁾ Die Verweisung auf die festgelegten Wahlprüfungsgründe in dem ehemaligen § 38 KWG NW v. 12.6.54 (vgl. dazu Rietdorf, KWG, zu § 38 Erl. 1) ist in der Neufassung als selbstverständlich nicht mehr aufgenommen.

Zusammenfassend kann daher auch für das nordrhein-westfälische Landeswahlrecht und Kommunalwahlrecht festgestellt werden, daß eine gerichtliche Überprüfung von Verletzungen subjektiver Rechte des Wahlberechtigten im Wahlverfahren gesetzlich ausgeschlossen ist. Gleichzeitig steht fest, daß im jeweiligen Wahlprüfungsverfahren diese subjektiven Rechte nicht Gegenstand der Prüfung sind. Das Wahlprüfungsverfahren bietet damit, obwohl es vor einem Gericht endet, auch hier keinen Ersatz für einen im Wahlverfahren fehlenden gerichtlichen Rechtsschutz.

D r i t t e r A b s c h n i t t :

Der Stand der Meinungen über die Eröffnung eines weitergehenden Rechtsschutzes.

Nach dem Vorhergehenden stellt sich die Frage, ob außer den Möglichkeiten des Rechtsschutzes durch Verwaltungsentscheidungen und im Wahlprüfungsverfahren der Rechtsweg zu einem Gericht beschritten werden kann, das sich mit dem Schutz der subjektiven Rechte des Wählers befaßt.

In Rechtsprechung und Rechtslehre wird unter dieser Fragestellung ein Doppeltes erörtert: Einmal wird erwogen, ob außer den gegebenen Rechtsschutzeinrichtungen des Einspruchs mit nachfolgender Beschwerde und dem Wahlprüfungsverfahren zusätzlich etwa der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten eröffnet ist; zum anderen wird die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde behandelt.

Bevor im weiteren Verlauf der Untersuchung im einzelnen auf diese Problemstellung eingegangen wird, soll hier vorab ein Überblick über den Meinungsstand und die unterschiedlichen Ausgangspunkte gegeben werden.

A) Die Frage nach einer Entscheidung der allgemeinen Verwaltungsgerichte.

In die Meinungen, die eine mögliche Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges zum Gegenstand haben, sind überwiegend alle hierfür einschlägigen, bereits an anderen Stellen der Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Argumente einbezogen. Dabei wird es von den Vertretern dieser Meinungen hingenommen, daß sich die hilfsweise angeführten Beweispunkte wegen ihrer Unvereinbarkeit im einzelnen gegenseitig ausschließen, sofern sie nur jeder für sich dem angestrebten Ergebnis, etwa dem Ausschluß des

Rechtsweges, als Begründung zu dienen vermögen. Für eine systematische Untersuchung erscheint es jedoch zweckmäßig, die verschiedenen Ansichten nach ihren Sachgesichtspunkten aufzugliedern. Es lassen sich dann mehrere grundsätzliche Richtungen unterscheiden.

I) Nach der ersten Auffassung wird die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges überhaupt verneint. Begründet wird diese Ansicht damit, daß die Maßnahmen im Wahlverfahren als verfassungsrechtliche Akte anzusehen seien. Dabei wird auf der einen Seite von verfassungsrechtlicher Hilfstätigkeit der Wahlbehörden gesprochen, auf der anderen Seite von einem einheitlichen verfassungsrechtlichen Kollektivakt¹⁷⁾. Legt man diese Ansicht zu Grunde, so entfällt von vornherein die Möglichkeit, mit Hilfe der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten; denn nach § 40 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg nur zulässig bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art.

II) Nach der zweiten Auffassung wird eine Klage vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten an sich für möglich gehalten; der verfassungsrechtliche Charakter der Wahlmaßnahmen wird hierbei entweder abgelehnt oder bei der Beweisführung außer acht gelassen. Dabei wird jedoch ein

17) Hess.VGH v. 28.3.52, OS I 196/51, DVBl. 1953, 26 (27) / Bad.VGH Frbg. v. 5.11.52, AZ 28/52, VwRspr. 5 Nr. 181 / S. 848 (853) / Otto Mayer, Bd. 1, S. 8 / Forsthoff, S. 12 Fußnote 1 / Obermayer, S. 103 / v. Husen, DVBl. 1953, 70 (71) / Seifert, DöV 1953, 365 (366) / Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr.3, S. 223 / Fußlein, DBR, zu § 50, S. 53 / vgl. auch Nass, S. 214 / nicht ganz zutreffend v. Mangoldt-Klein, Bd. 2, zu Art. 41 Anm. III 2, die die Frage, ob neben dem Wahlprüfungsverfahren noch Raum für ein Verwaltungsgerichtsverfahren sei und gegen Maßnahmen der Wahlorgane etwa noch eine Anfechtungsklage erhoben werden könne, deswegen auf sich beruhen lassen, weil die Wahlprüfung nicht zur Sache der vollziehenden Gewalt gemacht sei. Entscheidend ist nämlich nicht der Charakter der Wahlprüfung, sondern nur der der Wahlverfahrensakte selbst.

Unterschied zwischen Gestaltungsklagen (Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage) und Feststellungsklagen gemacht.

1) Danach sollen Gestaltungsklagen regelmäßig unzulässig sein, weil sie stets wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses abgewiesen werden müßten. Das wird aus der Tatsache gefolgert, daß die im Wahlverfahren geltenden Fristen, mithin der Zeitraum zwischen der Beeinträchtigung des Wahlrechts (z.B. durch Nichteintragung in das Wählerverzeichnis oder Nichtzulassung zur Stimmabgabe) und dem Tage des eigentlichen Wahlaktes, zu kurz seien. Vor dem Beginn der Wahlhandlung sei eine rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht mehr zu erwarten. Sie könne dementsprechend auch nicht mehr im Wahlverfahren berücksichtigt werden ¹⁸⁾. Mit dem Abschluß des Wahlaktes sei der angegriffene Wahlverfahrensakt überholt und trotz etwaiger Rechtswidrigkeit nicht mehr "reparabel", eine Klage vor dem Verwaltungsgericht mithin stets in der Hauptsache erledigt. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, seien auch die die weiteren Rechtsmittel ausschließenden

18) In dem ersten Beispielsfall beträgt der Zeitraum zwischen der Eintragung in das Wählerverzeichnis und dem Wahltag 35 Tage (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 BWO), die Benachrichtigung der Eingetragenen erfolgt spätestens 22 Tage vor der Wahl (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 BWO), spätestens am 24. Tage vor der Wahl sind die Auslegungszeiten des Wählerverzeichnisses zu erfahren (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 BWO), das Wählerverzeichnis wird vom 21. bis 14. Tage vor der Wahl öffentlich ausgelegt (vgl. Rietdorf-Gensior-Grimm, Anleitung V 1 e, S. 15); der zu Unrecht nicht in das Wählerverzeichnis eingetragene Wahlberechtigte erkennt dies also ungünstigstenfalls etwa 21 Tage vor der Wahl. In dem zweiten Beispielsfall liegen zwischen der Nichtzulassung zur Stimmabgabe durch den Wahlvorstand (vgl. § 52 Abs. 7 Satz 1 BWO) bis zum Ende der Wahlhandlung allenfalls Stunden.

Vorschriften der Wahlgesetze ¹⁹⁾ verfassungsgemäß ²⁰⁾, da sie den ohnehin gegebenen Rechtszustand nur wiedergäben. Insbesondere auch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, der jedem in seinen Rechten Verletzten den Rechtsweg eröffne, ändere daran nichts, da diese Rechtsweggarantie ebenfalls unter dem Vorbehalt stehe, daß überhaupt ein Rechtsschutzinteresse vorhanden sei. Im geltenden Wahlrecht sei der Bürger durch ein dessen Sondernatur angepaßtes Rechtsschutzverfahren, eben das Wahlprüfungsverfahren, hinreichend geschützt ²¹⁾.

2) Demgegenüber wird teilweise betont, daß trotz des Ausschlusses verwaltungsgerichtlicher Gestaltungs-klagen doch Raum für eine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) bleibe; denn die Zulässigkeit von Feststellungsklagen könne nicht mit dem Hinweis auf die kurzen Zeiträume bis zum Wahlakt verneint werden, da Feststellungsklagen - im Gegensatz zu Gestaltungs-klagen - ohnehin nicht in den Wahlvorbereitungsablauf eingriffen. Die einen weitergehenden Rechtsschutz im Wahlverfahren ausschließenden Vorschriften der Wahlgesetze stünden dem nicht entgegen, da sie auf Feststellungsklagen nicht bezogen seien ²²⁾.

¹⁹⁾ dazu oben, S. 5

²⁰⁾ Wenngleich sich Schiller, S. 26, 27, dieser Beweisführung nebenbei anschließt, so bezeichnet er die in § 50 BWG zu Tage tretende "bewußte Folgerung mangelnden Rechtsschutzes", den "Ausschluß ausreichenden Rechtsschutzes" als "einmaligen Vorgang im Verfassungsleben der BR".

²¹⁾ BVerfG v. 31.8.57, 2 BvR 4/57 (nicht veröffentlicht) / BVerfG v. 20.10.60, 2 BvR 6/60, E 11, 329 / BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154 / BVerfG v. 15.5.63, 2 BvR 194/63, E 16, 128 (129, 130) / Seifert, DöV 1953, 365 (366) / Seifert, DöV 1956, 257 (260) / Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr. 5, S. 225 / Nass, S. 216 / Obermayer, S. 104 / Rietdorf, KWG, zu § 36 Anm. 1 / Die Unrichtigkeit der Behauptung, daß der Bürger durch das Wahlprüfungsverfahren hinreichend geschützt sei, ist bereits oben dargestellt worden (vgl. S. 10 f.).

²²⁾ vgl. den Wortlaut des § 50 BWG: "angefochten werden" / Nass, S. 217 ff. / für grundsätzliche Zulässigkeit ehemals Seifert, DöV 1953, 365 (368) / a.A. jetzt Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr. 10, S. 226, wo er die Frage etwaiger Feststellungsklagen durch § 50 BWG an sich nicht präjudiziert sieht, Feststellungsklagen jedoch ebenfalls ausschließen möchte. Vgl. im einzelnen hierzu S. 69 f.

3) Nur vereinzelt wird die Meinung vertreten, daß der gesetzliche Rechtsmittelausschluß der Wahlgesetze nicht mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar und verfassungswidrig sei, weil diese Vorschriften eine unzulässige Beschränkung in der Verfolgung des Rechtsweges enthielten ²³⁾. Eine eingehendere Begründung wird von den Vertretern dieser Auffassung nicht gegeben.

B) Die Frage nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Die Ansichten über die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVerfGG) sind ebenfalls nicht einheitlich.

I) Auf der einen Seite wird eine "Verfassungsbeschwerde wegen § 50 BWG für ausgeschlossen gehalten, da das Bundeswahlgesetz dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz als *lex specialis et posterior* vorgehe, und damit § 50 BWG die sonst allgemeine Zulassung der Verfassungsbeschwerde einschränke ²⁴⁾. Es handele sich bei dieser Vorschrift um eine sich aus der Sondernatur des Wahlverfahrens ergebende Sonderregelung, die auch den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde ausschließe. Das Bundesverfassungsgericht könne erst nach durchgeführter Wahlprüfung auf dem Wege der Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundestages angerufen werden ²⁵⁾.

23) Feneberg, BWG, zu § 50, S. 91 / ehemals Rietdorf, DV 1949, 665 (669 und Fußnote 17)

24) Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr. 10, S. 226

25) BVerfG v. 31.8.57, 2 BvR 4/57 (nicht veröffentlicht) / BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154

II) Im Gegensatz hierzu wird auf der anderen Seite die Meinung vertreten, daß dem § 50 BWG eine derart weitgehende Wirkung nicht entnommen werden könne. Um einen Rechtsbehelf auszuschließen, dem eine so allgemein regulierende Funktion eigen sei, nämlich für die Zukunft allgemein eine streitige Rechtsfrage zu lösen und dadurch Wiederholungen gleichartiger Streitigkeiten zu verhindern, hätte es eines deutlicheren Hinweises bedurft ²⁶⁾.

III) Die Frage nach der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde muß bei den folgenden Untersuchungen ausgeklammert werden. Sie liegt nicht unmittelbar im Bereich des gestellten Themas, da Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur einen Ausschnitt der verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten erfaßt und keinen Weg zum Verfassungsgericht eröffnet ²⁷⁾. Ihre Beantwortung ergibt sich zudem nach einer Beseitigung des § 50 BWG ²⁸⁾ von selbst.

Im übrigen kann die Verfassungsbeschwerde keinen Ersatz für einen im Wahlverfahren fehlenden Rechtsschutz bieten; denn nach § 93 a Abs. 4 BVerfGG nimmt der Senat, wenn nicht schon der Ausschuß die Annahme abgelehnt hat, die Verfassungsbeschwerde nur an, wenn mindestens zwei Richter der Auffassung sind, daß von der Entscheidung die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage zu erwarten ist oder dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entsteht. Daraus ergibt sich, daß die Verfassungsbeschwerde in ihrer Anwendbarkeit weitgehender Beschränkung unterliegt. Ein umfassender Rechtsschutz im Wahlrecht ist daher allein mit ihrer Hilfe nicht gewährleistet.

26) Nass, S. 221

27) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII 5 b, S. 574 / Koban, S. 113

28) vgl. die Ausführungen auf S. 102.

V i e r t e r A b s c h n i t t :

Der Einfluß des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Regelung des Rechtsschutzes im Wahlverfahren.

Bevor die eben in Grundzügen dargelegten Ansichten im einzelnen hinsichtlich ihrer Begründung und ihrer Vereinbarkeit mit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG überprüft werden, bedarf es noch der Darstellung und Auslegung dieser Vorschrift, soweit dies für den Zweck der vorliegenden Untersuchung erforderlich ist.

A) Die Richtlinien für die Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

Im Jahre 1949 schon meinte man, optimistisch feststellen zu können: "Mit diesem Art. 19 Abs. 4 GG hat das Bonner Grundgesetz den deutschen Rechtsstaat vollendet. Es gibt keine justizlosen Hoheitsakte, keine gerichtsfreien Staatsakte mehr!"²⁹⁾

In der Folgezeit hat sich jedoch ergeben, welch schwierige und weittragende Probleme diese bei erstem Hinsehen eindeutig und klar verständlich erscheinende Vorschrift aufwirft, und wie nach Ansätzen zu einem verfeinerten Verständnis gerade durch die Rechtsprechung der letzten Zeit gesucht wird.

I) Einigkeit besteht über den Zweck der Bestimmung. Sie soll nach allgemeiner Auffassung den Schutz persönlicher, individueller, subjektiver Rechte gewährleisten³⁰⁾. Einigkeit besteht auch über die grobe Ziel-

29) Bettermann, MDR 1949, 394 (398)

30) statt aller: so schon Klein, VVDStRL 8, S. 65 (115) / Thoma, JÖR Bd. 1, S. 184 / Bettermann, GR, S. 779 (785) / Lüke, JuS 1967, 1

setzung der Vorschrift. Die Behörden sollen nicht letztverbindlich über die Rechte des Staatsbürgers entscheiden; es soll also gewissermaßen deren "Selbstherrlichkeit" beseitigt und dementsprechend dem Bürger ein umfassender, lückenloser Rechtsschutz eröffnet werden ³¹⁾. Als Grundsatz gilt, daß diese Vorschrift entsprechend ihrer Zielsetzung weit auszulegen ist ³²⁾. Dabei sind sämtliche von dieser Vorschrift berührten Rechtsgüter zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen, d.h. also das Interesse des Einzelnen an der Geltendmachung seiner Rechte und das Interesse der Allgemeinheit ³³⁾.

II) Über diese allgemeinen Richtlinien zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG hinaus ist die vom Grundgesetzgeber statuierte Rechtsweggarantie in jüngster Zeit durch Rechtsprechung und Rechtslehre in mehreren Richtungen hin ausgestaltet und verdichtet worden.

1) Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG ist daran erkennbar, daß er als Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung bezeichnet ³⁴⁾, oder daß ihm Grundrechtscharakter im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts zuerkannt wird ³⁵⁾. In diesem Sinne verkörpert Art. 19 Abs. 4 GG einen Justizgewährungsanspruch ³⁶⁾, einen Rechtsschutzanspruch ³⁷⁾, der ein von der öffentlichen Gewalt

31) BVerfG v. 12.1.60, 1 BvL 17/59, NJW 1960, 331 /

BVerWg v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 /

BVerWg v. 16.1.64, VIII C 72.62, DVBl. 1965, 89

32) BVerWg v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (170) /

OVG Mstr. v. 28.2.61, II A 1311/59, NJW 1961, 1643 /

Klein, VVDStRL 8, S. 65 (77,78)/v. Mangoldt-Klein, Bd.1,

zu Art. 19 Anm. VII / Maurer, JZ 1963, 28

33) BVerWg v. 6.10.59, V C 414/57, DVBl. 1960, 34 / spe-

zieller v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII 3 e:

umfassender Rechtsschutz gegenüber Verhinderung der

Popularklage.

34) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. II 3 c

35) OVG Mstr. v. 28.2.61, II A 1311/59, NJW 1961, 1643

36) BVerWg v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168

37) dazu schon Bettermann, GR, S. 779 (784)

zu beachtendes subjektives Recht des Einzelnen darstelle; Art. 19 Abs. 4 GG gewährleiste nicht nur das formale Recht, den Rechtsweg zu beschreiten, sondern verbürge darüber hinaus ein substanzielles Recht auf effektiven, tatsächlich wirksamen Rechtsschutz ³⁸⁾.

2) Der (wohl selbstverständlichen) Feststellung, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht selbst Rechte gewähre, sondern die zu schützenden Rechte voraussetze, wird an anderer Stelle eine bedeutsame Auslegungsfunktion dieser Vorschrift angefügt. Aus der von Art. 19 Abs. 4 GG entscheidend mitgeprägten Gesamtsicht des Grundgesetzes vom Verhältnis des Einzelnen zum Staat wird gefolgert, daß im Zweifel diejenige Auslegung eines Gesetzes den Vorzug verdiene, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräume ³⁹⁾.

3) Die Mindestanforderungen an den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz sind ebenfalls geklärt. Die Nachprüfung der Maßnahme der öffentlichen Gewalt muß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen, wobei mindestens eine gerichtliche Instanz auch für die tatsächliche Untersuchung gefordert wird ⁴⁰⁾.

4) Um dem Einbruch der Rechtsweggarantie in das geltende Prozeßrecht sinnvolle Grenzen zu setzen, wird auf der anderen Seite betont, daß der Rechtsweg nicht schrankenlos offenstehe und umfassender Rechtsschutz gegenüber den Maßnahmen der öffentlichen Gewalt nicht zugleich

38) BVerwG, v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (170)

39) BVerfG v. 5.2.63, 2 BvR 21/60, NJW 1963, 803 (804) / im Anschluß an: Bachof, Vornahmeklage, S. 84/Bachof, Staat, S. 11 / Bachof, Anm. zu BVerwG v. 18.8.60, I C 42.59, DVBl. 1961, 128 (131)

40) BVerfG v. 5.2.63, 2 BvR 21/60, NJW 1963, 803 (804) / BFH v. 25.11.54, V z 75/54 S. BStBl 1955 III, S. 66, 67, Nr. 47 / BFH v. 7.4.59, I 2/58 S. DB 1959, 611

bedeute, daß alle herkömmlichen Grundsätze des Prozeßrechts, die rechtlich oder tatsächlich eine Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten bewirkten, außer Kraft gesetzt würden. Die meisten dieser Grundsätze dienten nämlich in einem weiteren Sinne ebenfalls dem Rechtsschutz des Bürgers, indem sie Rechtssicherheit und geordneten Gang der Rechtspflege verbürgten. Daher gewährleistete Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnungen. Erst wenn durch derartige Normen der Weg zu den Gerichten in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werde, seien sie mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht vereinbar⁴¹⁾.

Hieran anknüpfend wird ausgeführt, daß es im einzelnen zweifelhaft sein mag, ob verfahrensgesetzliche Regelungen hinsichtlich des Umfangs und des Inhalts einzelner Rechtsinstitute eine notwendige Folge aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG seien. Die Verfahrensgesetze konkretisierten jedoch den Rechtsgedanken des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG jedenfalls insoweit, als der Rechtsschutz, den die Verfassung garantierte, zunächst nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege und nur mit den gesetzlich vorhandenen Möglichkeiten verwirklicht werden könne. Daher gewähre der Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dem Bürger einen Anspruch darauf, daß der gesetzlich gegebene Rechtsweg nicht beschränkt und die Inanspruchnahme der zur Verfügung gestellten Rechtsschutzeinrichtungen durch die Art und Weise des behördlichen Vorgehens nicht behindert werde⁴²⁾.

5) In Verbindung mit Art. 92 GG, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist, stellt

41) BVerfG v. 17.3.59, 1 BvL 5/57, NJW 1959, 1123 /
BVerfG v. 12.1.60, 1 BvL 17/59, NJW 1960, 331

42) BVerwG v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (169)

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewissermaßen einen Verteilerschlüssel dar, der - zumindest letztverbindliche - Entscheidungen innerhalb des Bereichs der Rechtsprechungstätigkeit den Gerichten zuweist⁴³⁾. Damit ist zugleich die Frage der Gewaltenteilung angeschnitten, und es wird deutlich, daß die Gewährleistung lückenlosen Rechtsschutzes durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in einem Spannungsverhältnis zu der in Art. 20 Abs. 2 GG festgelegten Dreiteilung der Gewalten steht⁴⁴⁾. Wenn auch gewisse Überschneidungen der Aufgabenbereiche mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar sind⁴⁵⁾, so darf doch keine der Gewalten durch die Aufgabenverlagerung auf eine der beiden anderen Gewalten ausgehöhlt werden. Eine Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf die anderen Gewalten ist als verfassungswidrig anzusehen⁴⁶⁾.

B) Die Schranken des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bezogen auf das Wahlrecht.

Nach der Darlegung einzelner Auslegungsrichtlinien und wesentlicher Ergebnisse aus der Rechtsprechung stellt sich die Frage nach dem Inhalt bzw. nach den Grenzen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG⁴⁷⁾.

I) Die Inanspruchnahme der Gerichte zur Überprüfung von Wahlmaßnahmen mit Hilfe des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist möglicherweise durch Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG

43) ähnlich Bettermann, GR, S. 779 (783)

44) BVerwG v. 13.6.59, I C 66/57, NJW 1959, 1507 (1508) / Witten, NJW 1961, 753

45) BVerfG v. 18.12.53, 1 BvL 106/53, E 3, 225 (247) / BVerwG v. 25.6.54, II C 116.53, E 1, 163 (164) / BVerwG v. 6.12.56, I C 75.55, E 4, 191 (194)

46) BVerwG v. 13.6.59, I C 66.57, NJW 1959, 1507 (1508) / BVerwG v. 8.3.62, VIII C 185/60, NJW 1962, 1410 (1411)

47) Im folgenden wird mit der Schrankensystematik von v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV, gearbeitet.

ausgeschlossen, wonach die Wahlprüfung Sache des Bundestages ist. Damit scheint unmittelbar eine Begrenzung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG angesprochen.

Es kann sich hierbei um eine sogenannte besondere verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke handeln. Unter Vorbehaltsschranken sind solche Schranken zu verstehen, die den als feststehend angenommenen Inhalt der einzelnen Grundrechte, Einrichtungsgarantien, Grundsatznormen und grundrechtlichen Auslegungsregeln einengen. Verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken sind Einschränkungen durch ausdrückliche Regelungen in den Grundrechtsbestimmungen selbst; sie haben einschränkende Wirkung unmittelbar aus der Verfassung, durch die Verfassung. Besondere verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken sind solche Schranken, die mit unmittelbarer Wirkung von verfassungswegen ein ganz bestimmtes Grundrecht einschränken ⁴⁸⁾.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eröffnet den Rechtsweg bei Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG weist die Wahlprüfung dem Bundestag zu.

1) Wenn es sich bei der Wahlprüfung um Rechtssprechungstätigkeit handelte, so wäre mit Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG, also durch die Verfassung selbst, eine Ausnahme von der Verteilerfunktion des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 92 GG gemacht. Eine solche von der Verfassung selbst festgelegte Ausnahme wäre gegenüber der Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf ihren Umfang und gegebenenfalls auf ihre Zulässigkeit zu untersuchen.

Nach weitgehend übereinstimmender Meinung ist die Wahlprüfungsentscheidung des Bundestages zwar kein

48) vgl. zu diesen Begriffen ausführlich v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm B XV 3

Richterspruch und keine gerichtliche Entscheidung, aber doch jedenfalls eine Funktion der Rechtsprechung und eine rechtliche, keine politische Entscheidung ⁴⁹⁾. Trotz mangelnder Richterqualität der an der Wahlprüfungsentscheidung des Bundestages Beteiligten würde es sich demnach um eine Ausnahme von dem angeführten Verteilerschlüssel handeln, wenn die Wahlprüfungsentscheidung des parlamentarischen Gremiums zugleich die letztinstanzliche Entscheidung darstellte ⁵⁰⁾. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie bereits dargelegt ⁵¹⁾, gibt es im Bund den Beschwerdeweg zu dem Bundesverfassungsgericht. Mit der Eröffnung auch nur einer Tatsachen- und Rechtsüberprüfungsinstanz ist aber den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG Genüge getan ⁵²⁾, und zwar zunächst unabhängig davon, daß im Wahlprüfungsverfahren kein Schutz für subjektive Rechte gewährt wird. Im Hinblick auf die Verteilerfunktion des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG stellt daher das Wahlprüfungsverfahren des parlamentarischen Gremiums, hier des Bundestages, ein besonders geartetes und geregeltes Vorverfahren dar. In dieser Hinsicht bedeutet Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG keine Einschränkung bzw. Ausnahme von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.

2) Wenngleich Art. 41 Abs. 2 GG gegen die Entscheidung des Bundestages die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht eröffnet, damit also ein Rechtsweg im

49) v. Mangoldt-Klein, Bd. 2, zu Art. 41 Anm. III 1 d, mit einer Zusammenstellung der Meinungen.

50) Das ist möglicherweise der Ansatzpunkt für die in Fußnote 17) abgelehnte Meinung in v. Mangoldt-Klein, wobei wohl übersehen wurde, daß nicht ein Rechtsmittel etwa gegen die Entscheidung des Bundestages, sondern gegen die Wahlmaßnahmen der Wahlorgane unmittelbar zum Schutz subjektiver Rechte in Frage steht.

51) S. 6

52) vgl. die Nachweise in Fußnote 40)

Sinne von Gerichtsweg gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gegeben ist, so wäre doch die allgemeine Rechtsweggarantie in ihrer Rechtsfolge ("so steht ihm der Rechtsweg offen") durch die Verfassung selbst mit der speziellen Bestimmung des Art. 41 GG durchbrochen bzw. eingeschränkt, wenn dem Art. 41 GG die Bedeutung beigelegt werden müßte, daß eine Überprüfung von Wahlmaßnahmen bzw. Wahlangelegenheiten im weitesten Sinne ausschliesslich im Wege der Wahlprüfung durchgeführt werden könnte.

Damit ist die Frage nach dem inhaltlichen Umfang, nach den immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken des Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG angesprochen. Außer der oben untersuchten Möglichkeit zur Beschränkung einer Verfassungsnorm durch Vorbehaltsschranken können sich nämlich Schranken der grundgesetzlichen Bestimmungen⁵³⁾ bereits aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst ergeben. Diese Gewährleistung beschränkt sich selbst entweder auf einen bestimmten sachlichen Inhalt der Grundrechte (sogenannte sachliche Gewährleistungsschranke) oder auf einen bestimmten Kreis von Personen als die aus ihnen Berechtigten (sogenannte persönliche Gewährleistungsschranke)⁵⁴⁾. Für die hier angestellte Untersuchung kommt nur eine immanente sachliche Gewährleistungsschranke in Betracht, also eine Einschränkung durch den Begriff des gewährleisteten Objekts. Dabei muß die Gewährleistungsschranke gesondert für jede Grundrechtsbestimmung ermittelt werden. Die fraglichen Begriffe sind zunächst aus sich selbst heraus zu bestimmen; alsdann sind jedoch auch die mit der Grundrechtsbestimmung zusammenhängenden positiven außerverfassungsrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen⁵⁵⁾, wobei die Grenze dieses Einflusses im Sinn

53) bzw. Grundrechte, Einrichtungsgarantien, Grundsatznormen und Auslegungsregeln, vgl. v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 1 b, S. 121, 122

54) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 2, S. 123

55) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 2 a, S. 124

und Zweck der Grundrechtsbestimmung liegt ⁵⁶⁾).

Wie bereits verdeutlicht wurde ⁵⁷⁾, hat die Wahlprüfung die Entscheidung über die Gültigkeit der Wahlen, im weiteren Sinne auch die Entscheidung darüber, ob ein Abgeordneter des Bundestages die Mitgliedschaft verloren hat, zum Gegenstand. Die Wahlprüfung erstreckt sich damit vor allem nicht nur auf das Ergebnis der Wahl, sondern insbesondere auch auf die Gesamtheit der tragenden Wahlvorgänge ⁵⁸⁾. Es ist also darunter das Verfahren zu verstehen, in dem sowohl die Wahl, insbesondere die Wahlhandlung, auf ihre Gültigkeit als auch die Maßnahmen der das Wahlergebnis auswertenden Wahlbehörden auf ihre Gesetzmäßigkeit hin geprüft werden ⁵⁹⁾ ⁶⁰⁾.

Es ist ebenfalls bereits dargelegt worden ⁶¹⁾, daß aus dem Zweck der Wahlprüfung heraus allein der Erheblichkeitsgrundsatz, nicht jedoch der Schutz subjektiver Rechte maßgebend ist. Wahlfehler, die keinen Einfluß auf die Mandatsverteilung haben können, scheiden in diesem Verfahren von vornherein aus. Es wird also zunächst die Möglichkeit geprüft, ob der geltend gemachte Fehler die Mandatsverteilung beeinflussen kann, und bejahendenfalls erst dann die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrensaktes. Die wenigstens inzidenter getroffene Feststellung der Fehlerhaftigkeit der angegriffenen Wahlmaßnahme erreicht der Verletzte demnach allenfalls dann, wenn dieser Fehler erheblich ist.

56) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 1 c, S. 123

57) S. 10 f.

58) Maunz-Dürig, zu Art. 41 Rdnr. 5 / Seifert, DöV 1953, 365 (368)

59) Schmitt, S. 20

60) Auf einen genaueren Begriff kommt es hier nicht an.

61) S. 11

Erblickte man im Sinne der Ausgangsthese in der Wahlprüfung gewissermaßen ein Monopol des Bundestages und des Bundesverfassungsgerichtes zur Überprüfung von Wahlmaßnahmen überhaupt, und wäre deshalb schon die Untersuchung der Wahlmaßnahmen allein auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hin anderen Gerichten verschlossen, so stellte Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG in der Tat eine Ausnahme von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar; denn Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet die Eröffnung des Rechtsweges zum Schutz subjektiver Rechte, während bei einer derartigen Auslegung des Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG die Überprüfung von Wahlmaßnahmen zum Monopol der Wahlprüfungsinstanzen gemacht würde, ohne daß in deren Verfahren der Schutz subjektiver Rechte beachtet würde.

Eine dahingehende Auslegung des Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG kann aber nicht deutlich genug als unzutreffend abgelehnt werden. Aus diesem Grunde ist auch eine Reihe der im Schrifttum vertretenen Auffassungen im Ansatzpunkt verfehlt. Das gilt zunächst für die Ansicht, daß mit verwaltungsgerichtlichen Gestaltungsclagen nicht in den Wahlvorbereitungsablauf eingegriffen werden dürfe⁶²⁾, da der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vorgesehene Rechtsweg allein und ausschließlich in dem in Art. 41 Abs. 1 und 2 GG vorgesehenen Wahlprüfungsverfahren zu sehen sei⁶³⁾. Das gilt aber augenscheinlich auch für die Praxis der mit der Rechtsprechung zum Wahlrecht befaßten Gerichte, die immer wieder betonen, daß in Wahlanglegenheiten Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren bezögen, nur mit den in den Wahlvorschriften vorgesehenen Rechtsbehelfen und im Wahlprüfungsverfahren angefochten werden könnten; hingegen sei eine Rechtskontrolle anderer

62) Nass, S. 216

63) Seifert, DöV 1956, 257 (260) / Seifert, BWG zu § 50 Rdnr. 5, S. 224, 225

Gerichte oder auch eine Verfassungsbeschwerde nicht zulässig 64). Gerade durch derartige Beweisführungen wird die Lücke im Rechtsschutz aufgerissen.

Es ist daher nochmals zu betonen, daß nach jetzt herrschender Auffassung, insbesondere auch der Spruchpraxis der Wahlprüfungsinstanzen, die Wahlprüfung allein die richtige Sitzverteilung gewährleisten soll, nicht aber auch daneben oder etwa unabhängig davon die Ordnungsmäßigkeit des gesamten Wahlablaufs, selbst wenn der Wahlfehler die Stimmenzahl beeinflusst. Eine Auswirkung des Wahlfehlers auf das Ergebnis der Stimmenverhältnisse ist also, wenn damit nicht zugleich auch die Mandatsverteilung beeinflusst sein kann, allein für sich genommen noch kein Grund für die Berichtigung von Einzelakten des Wahlverfahrens. Ist demnach der Einfluß auf die Sitzverteilung nicht erheblich, so wird der Wahleinspruch zurückgewiesen und der fehlerhafte Teilakt unberichtigt gelassen 65)66)67). Wenn in diesem Zusammenhang von einem Monopol der Überprüfung in Wahlangelegenheiten die Rede ist, so muß man sich vor Augen halten, daß sich dieses in einem Doppelten erschöpft: einmal in der Prüfung der möglichen Erheblichkeit auf die Sitzverteilung, zum anderen in der Feststellung der Folgen der Erheblichkeit,

64) BVerfG v. 31.8.57, 2 BvR 4/57 (nicht veröffentlicht) / BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154

65) vgl. die Nachweise in Fußnote 4)

66) Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Praxis in der Weimarer Zeit anders war. Damals führte schon jeder Einfluß auf das Ergebnis der Stimmenverhältnisse zur Berichtigung des Wahlfehlers. Damit wurde in weit größerem Umfang die Rechtswidrigkeit der in Betracht kommenden Wahlmaßnahmen geprüft. Vgl. Schiller, S. 70 f.

67) Es ist bezeichnend, daß selbst Seifert, BWG, S. 340, 341, es angesichts dieser heute gültigen Auffassung von dem Umfang der Wahlprüfung wieder zweifelhaft sein läßt, ob die durch § 50 BWG vorgenommene Monopolisierung aller Wahlgültigkeitsfragen für das Wahlprüfungsverfahren tatsächlich mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar sei.

das heißt entweder der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl. Nicht dazu gehört die ausschließliche Befugnis zur Prüfung allein der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der einzelnen Wahlmaßnahme ⁶⁸⁾.

Mit der Auslegung des heute so verstandenen Begriffs der Wahlprüfung und damit der Festlegung der dem Art. 41 Abs. 1 und 2 GG immanenten sachlichen Gewährleistungsschranke wird die Vorbehaltsschranke, die Art. 41 GG gegenüber Art. 19 Abs. 4 GG darstellen könnte, bestimmt. Mit diesem Inhalt stellt Art. 41 GG aber keine Schranke für Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar; Art. 41 GG schränkt den Schutz subjektiver Rechte nicht ein, da sich diese Vorschrift damit überhaupt nicht befaßt. Es kann daher nicht gefolgert werden, daß eine Überprüfung von Wahlmaßnahmen ausschließlich im Wege der Wahlprüfung erreicht werden könne und mit Art. 41 GG der Schutz subjektiver Rechte von der allgemeinen Rechtsweggarantie ausgenommen sei.

Damit kann zusammenfassend gesagt werden, daß Art. 41 GG die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG sowohl bis zum Zeitpunkt der Wahl als auch nach erfolgter Wahl nur scheinbar beschränkt, als nämlich eine Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahlen nur im Wege des Wahlprüfungsverfahrens erreicht und folglich anderen Gerichten diese Feststellung und damit die Prüfung und Anwendung des Erheblichkeitsgrundsatzes verschlossen bleibt. Eine allgemeine Einschränkung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in dem Sinne, daß etwa in Wahlangelegenheiten ausschließlich das Wahlprüfungsverfahren zur Verfügung stehe, kann dem Art. 41 GG nicht entnommen werden. Die Verletzung subjektiver Rechte im Wahlverfahren untersteht

68) Ähnlich Seifert, BWG, zu Art. 41 Rdnr. 16, S. 65

daher auch weiterhin dem Schutz des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ⁶⁹⁾.

3) Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gilt auch in den Bundesländern. Die Grundgesetzbestimmung ist gegenüber der Landesverfassung die höherrangige Norm (Art. 31 GG)⁷⁰⁾. Eine - wenn auch lediglich deklaratorische - Bestätigung hierfür findet sich in Art. 4 LV NW, wonach die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte und staatsbürgerlichen Rechte Bestandteile der Landesverfassung und unmittelbar geltendes Landesrecht sind; damit ist auch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfaßt ⁷¹⁾. Die Regelung der Wahlprüfung für die Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen findet sich in Art. 33 LV NW; diese Bestimmung ist dem Art. 41 GG sinngemäß nachgebildet. Die Wahlprüfung ist danach Sache des Landtages; diesem obliegt auch die Feststellung, ob ein Abgeordneter des Landtages die Mitgliedschaft verloren hat. Die Entscheidung des Landtages kann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden.

Wie auf Bundesebene ergibt sich der Umfang der Wahlprüfung nicht aus der Verfassung selbst, sondern aus außerverfassungsrechtlichen Bestimmungen. Während jedoch im Bund - abgesehen von der noch nicht hinreichend eindeutigen Vorschrift des § 1 Abs. 1 WPG, wo von der Entscheidung über die "Gültigkeit von Wahlen" zum Bundestag die Rede ist - der Umfang der Wahlprüfung im wesentlichen aus ungeschriebenem materiellem Wahlprüfungsrecht bestimmt

69) zu demselben Ergebnis gelangen: Maunz-Dürig, zu Art. 41 Rdnr. 18 / ehemals Rietdorf, DV 1949, 665 / Seifert, DöV 1953, 365 (366) allgemein im Hinblick auf das Verhältnis des Wahlprüfungsverfahrens zu dem Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten.

70) vgl. auch Art. 142 GG

71) nicht eindeutig: Geller-Kleinrahm-Fleck, zu Art. 4 Anm. 2, S. 55 / Kleinrahm, S. 57

wird 72), kann sich die Argumentation für das Land Nordrhein-Westfalen auf eine gesetzliche Regelung stützen. Über die dem Wahlprüfungsgesetz im Bunde nachgebildete Vorschrift des § 1 Abs. 1 WPG NW hinaus, wo von der Prüfung der "Gültigkeit der Wahlen" zum Landtag gesprochen wird, finden sich weitere Regelungen in § 5 WPG NW in Verbindung mit § 7 WPG NW, die im Ergebnis die vom Bundestag und Bundesverfassungsgericht geübte Praxis vorwegnehmen und mit ihr in Übereinstimmung stehen. Für die hier zu untersuchenden Fragen kann die Entscheidung des Landtages nur auf Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl lauten (§ 7 Abs. 1 Ziff. 3 WPG NW 73)). Voraussetzung für die Ungültigkeitserklärung der Wahl ist jedoch der Einfluß des Wahlfehlers auf die Verteilung der Sitze (§ 5 Ziff. 3 WPG NW 74)). Eine Auswirkung allein auf das Wahlergebnis, d.h. das Stimmenverhältnis, genügt nicht. Die Fälle des § 5 Ziff. 1 und 2 WPG NW in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 WPG NW, wonach gegebenenfalls das Wahlergebnis neu festzustellen ist 75), sind hier nicht einschlägig, da sie sich auf die Auswertung der Stimmen beziehen. Als gegenüber dem Bundeswahlrecht für die hier zu untersuchenden Fragen bedeutende Erweiterung muß § 7 Abs. 2 Satz 1 WPG NW angesehen werden, wonach der Einspruch als abgelehnt gilt, wenn nicht der Landtag innerhalb einer Frist von drei Monaten zu einer Entscheidung gelangt ist. Damit ist der Weg zum Verfassungsgerichtshof eröffnet (§ 10 Abs. 1 WPG NW), für dessen Verfahren jedoch § 7 WPG NW 76) entsprechend gilt (§ 10 Abs. 2 WPG NW).

72) S. 6 ff.

73) S. 14 / vgl. auch Geller-Kleinrahm-Fleck, zu Art. 33 Anm. 2, S. 234, 235

74) vgl. den Wortlaut der Vorschrift, S. 14

75) S. 14

76) Das Gesetz selbst macht nicht klar, ob mit dieser Verweisung auch die Untätigkeitsklausel für den Verfassungsgerichtshof Geltung besitzt.

Zusammenfassend läßt sich für das nordrhein-westfälische Landtagswahlrecht sagen, daß auch hier kein Monopol zur alleinigen Überprüfung von Wahlangelegenheiten statuiert ist. Kraft der ausdrücklichen Bestimmungen im Wahlprüfungsgesetz des Landes kann von den Wahlprüfungsinstanzen nur die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Wahl festgestellt werden ⁷⁷⁾. Zur Ungültigkeit der Wahl kommt es nur dann, wenn der Wahlfehler die Sitzverteilung verändert hat. Ist in dieser Richtung keine Auswirkung möglich, wird die Wahl für gültig erklärt. Demgegenüber ist die Rechtswidrigkeit der Wahlmaßnahme in diesem Verfahren ohne Interesse. Der Schutz der subjektiven Rechte des Wählers bleibt daher weiterhin dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unterstellt.

4) Nicht anders ist die Regelung im nordrhein-westfälischen Kommunalwahlrecht. Der Umfang der Wahlprüfung ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 37, 38 KWG NW. § 37 KWG NW spricht ebenfalls von der "Prüfung der Gültigkeit der Wahlen", die sogar von amtswegen durchgeführt wird (§ 38 Abs. 1 Satz 1 KWG NW). Der hier interessierende und wichtigste Wahlprüfungsgrund des § 38 Abs. 1 Buchst. b KWG NW stellt heraus, daß der Wahlfehler auf das Wahlergebnis im Wahlbezirk oder auf die Zuteilung der Sitze aus der Reserveliste von entscheidendem Einfluß gewesen sein muß. Hiermit ist aber nicht gemeint, daß allein schon die Auswirkung des Fehlers auf das Wahlergebnis, das Stimmenverhältnis, genügt, sondern das Wahlergebnis muß entscheidend beeinflusst sein, das heißt, die Unrichtigkeit muß ein anderes Ergebnis, mit anderen Worten eine veränderte Sitzverteilung zur Folge haben ⁷⁸⁾. Liegt einer der drei in § 38 Abs. 1

⁷⁷⁾ Da sich diese Rechtslage bereits aus den Gesetzen ergibt, bedarf es nicht der Prüfung und Feststellung, daß der Landesgesetzgeber ohne Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG die Wahlgültigkeitsfragen nicht in dem Sinne monopolisieren konnte, wie es durch die Bundesverfassung selbst mit Art. 41 GG hätte geschehen können. Vgl. dazu oben S. 29 ff.

⁷⁸⁾ Rietdorf, KWG, zu § 37 Erl. 6, S. 271

Buchst. a - c KWG NW genannten Wahlprüfungsgründe nicht vor, so ist die Wahl für gültig zu erklären (§ 38 Abs. 1 Buchst.d KWG NW). Auf Wahlfehler, die für die Sitzverteilung nicht erheblich sind, kommt es also auch hier nicht an. Wie bereits betont ⁷⁹⁾, ist auch das Verwaltungsgericht, vor dem anschließend Klage geführt werden kann, an diese Wahlprüfungsgründe gebunden.

Es ist daher auch für das Kommunalwahlrecht in Nordrhein-Westfalen festzustellen, daß von einem Monopol der Wahlprüfungsinstanzen in Wahlanglegenheiten nicht gesprochen werden kann ⁸⁰⁾. Ein Schutz subjektiver Rechte der Wähler ist damit nicht aus diesem Grunde von vornherein ausgeschlossen.

II) Bei der Untersuchung der Schranken des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG stellt sich die weitere Frage, ob diese Vorschrift eine generelle Einschränkung durch sogenannte allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken erfährt.

Im Unterschied zu den bereits dargestellten besonderen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken ⁸¹⁾ stellen die allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken keine Beschränkung eines ganz bestimmten Grundrechts dar, sondern erstrecken sich auf mehrere, meist einem bestimmten Typ zugehörige Grundrechte ⁸²⁾.

1) Als derartige Schranke kommt zunächst der sogenannte allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt in Betracht, nämlich die in Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG aufgeführten Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz.

79) S. 15

80) vgl. Fußnote 77)

81) S. 28

82) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 3 a

Der Gemeinschaftsvorbehalt kann aber als allgemeine Schranke nur für diejenigen Grundrechtsbestimmungen verstanden werden, auf die sich der Halbsatz 1 des Art. 2 Abs. 1 GG bezieht, also für die Freirechtsbestimmungen, die Freiheitsrechte des Grundgesetzes ⁸³⁾. Freiheitsrechte des Grundgesetzes sind nur solche, die dem Einzelnen einen bestimmten Bereich persönlicher Sicherheit und Betätigungsmöglichkeit gewährleisten, verbunden mit dem Recht des Einzelnen auf Unterlassung staatlicher Eingriffe in die allgemeine Rechtsstellung als Staatsbürger (sogenannte negative Statusrechte) ⁸⁴⁾.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG kein derartiges Freiheitsrecht darstellt. Denn einmal gewährt diese Vorschrift nicht selbst Rechte, sondern setzt diese Rechte voraus ⁸⁵⁾, zum anderen läßt sich auch das durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG konkretisierte subjektive öffentliche Recht, der sogenannte Justizgewährungsanspruch ⁸⁶⁾, nicht als Freiheitsrecht begreifen, da dieser Anspruch gerade auf ein staatliches Tätigwerden gerichtet ist. Der in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG festgelegte Justizgewährungsanspruch unterfällt demnach den sogenannten positiven Statusrechten ⁸⁷⁾. Er ist auch nicht etwa deshalb als Freiheitsrecht zu begreifen, weil er gewissermaßen bei Verletzungen von Freiheitsrechten auf Ersatz und Wiedergutmachung abzielt, mithin den Schutz und die Gewährleistung

83) v.Mangoldt-Klein, Bd. 1 Vbm. B XV 3 a und zu Art. 2 Anm. IV vor 1

84) vgl. dazu v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. A II 3 a

85) vgl. S. 25

86) vgl. S. 24

87) v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. A II 3 b / G. Jellinek, System, S. 124, bezeichnet ihn als bedeutsamsten, gleichsam aus dem Zentrum des positiven Status entspringenden Anspruch.

von Freiheitsrechten übernimmt ⁸⁸⁾. Die Heranziehung des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG als allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke für Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG muß damit von vornherein scheitern.

2) Als weitere allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist das Rechtsstaatsprinzip genannt worden. Es wird gesagt, das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Rechtsstaat binde die Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG normativ. Das auch und speziell in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG enthaltene ausdrückliche Bekenntnis des Grundgesetzes zur Rechtsstaatsidee berechtige und verpflichte zu einer durchgängig rechtsstaatlich-extensiven Auslegung der Vorschrift, d.h. zu einer Deutung ihres rechtlichen Wesens und ihres Rechtsgehaltes, durch die der Rechtsstaatsgedanke am besten verwirklicht werde ⁸⁹⁾. Von diesem Ausgangspunkt her ist dann versucht worden, das Problem des Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis zu lösen. Nach dieser Meinung ⁹⁰⁾ bedeute Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes in diesem Zusammenhang Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung, auch im besonderen Gewaltverhältnis, und Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte. Stehe nun aber die teleologische Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unter der Verpflichtung, den Rechtsstaatsgedanken zu fördern, so erhebe sich die für eine solche Auslegung entscheidende Frage, ob der Rechtsstaat durch einen uneingeschränkten oder eingeschränkten gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis mehr gefördert werde. Die konkrete Fragestellung laute dann ⁹¹⁾, ob der Rechtsstaatsgedanke auch die Einbeziehung des

88) vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen positiven und negativen Statusrechten v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. A II 3 d

89) Klein, VVDStRL 8, S. 65 (77, 78)

90) Ule, VVDStRL 15, S. 133 (151)

91) Ule, VVDStRL 15, S. 133 (155)

sogenannten Betriebsverhältnisses in den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz fordere und ob eine solche Einbeziehung die rechtsstaatliche Entwicklung fördere.

Bezogen auf die Problemstellung des Rechtsschutzes im Wahlverfahren würde die Frage entsprechend lauten, ob der Rechtsstaat durch einen uneingeschränkten oder eingeschränkten gerichtlichen Schutz der subjektiven Rechte im Wahlverfahren mehr gefördert werde. Daß dieser Gesichtspunkt auch tatsächlich insbesondere in der Rechtsprechung zum Wahlrecht auftaucht - wenn dabei auch nicht ausdrücklich das Rechtsstaatsprinzip genannt wird -, beweist der als Begründung ständig wiederkehrende Satz, daß die Wahl im geräumigen Flächenstaat eine Fülle von Einzelentscheidungen zahlreicher Wahlorgane erfordere, die Wahl aber, um ihrer Funktion gerecht zu werden, gleichzeitig und termingerecht durchgeführt werden müsse; eben aus diesem Grunde müsse die Rechtskontrolle der Einzelentscheidungen während des Wahlablaufs begrenzt und im übrigen einem nach der Wahl stattfindenden Wahlprüfungsverfahren vorbehalten bleiben ⁹²⁾.

Einer derartigen Aufweichung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG kann jedoch nicht zugestimmt werden. Richtig an der vorgetragenen Beweisführung ist, daß sich Art. 19 Abs. 4 GG als Bestandteil der Rechtsstaatsidee darstellt, aber eben nur als Bestandteil. Zur Rechtsstaatlichkeit gehören nämlich ebenfalls z.B. die Gewaltenteilung, die Gewährleistung persönlicher Grundrechte, der Begriff des formellen (generell-abstrakten) Gesetzes, die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung (Justiz, Verwaltung), die Meßbarkeit

92) BVerfG v. 27.6.62, 2 BvR 189/62, E 14, 154 /
BVerfG v. 15.5.63, 2 BvR 194/63, E 16, 128 (129,130)

staatlicher Willensäußerung, die Rechtssicherheit usw. 93). Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist mithin ein ganz konkret formulierter Ausschnitt des Rechtsstaatsprinzips. Es ist daher systematisch unrichtig, diese konkrete Regelung wiederum unter den Vorbehalt der allgemeinen Rechtsstaatsidee zu stellen. Eine so praktizierte Methode würde rechtssystematisch nichts anderes bedeuten, als daß eine lex specialis gewissermaßen dem Vorbehalt einer lex generalis unterstellt würde. Es ist also auch mit dieser Methode nicht möglich, den Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis einzuschränken. Abgesehen von dieser rein methodischen Unrichtigkeit ist auch der Sache nach davon auszugehen, daß der Verfassungsgeber mit der ausdrücklichen Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG den hier in Betracht kommenden Teil des Rechtsstaatsprinzips, nämlich den justizförmigen Rechtsschutz, bereits selbst bewertet und damit bewirkt hat; eine neuerliche Wertung auf Grund der Rechtsstaatsidee würde dem widersprechen. Es scheint zudem, daß eine Abwägung einzelner Sachgebiete mit einer derart weiten Formel, wie der Rechtsstaatlichkeit, der Rechtsklarheit 94) nicht dienlich ist. Das beweist gerade ein auf diesen Ausgangspunkten beruhender weiterer Versuch, eine Eindämmung des Rechtsschutzes im besonderen Gewaltverhältnis durch eine Einschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG mit Hilfe des ebenfalls dem Rechtsstaatsgedanken subsumierten Begriff der Effizienz der Verwaltung zu erreichen 95). Ein solcher Versuch rückt schon stark in die Nähe nicht mehr des rechtlichen, sondern des (verwaltungs-) politischen Arguments. Es ist daher daran

93) v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 20 Anm. V 2

94) Die Rechtsklarheit ist auch ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.

95) Kellner, DöV 1963, 418 (424) / wohl im Anschluß an Bachof, VVDStRL 15, S. 205 (Diskussionsbeitrag)

festzuhalten, daß sich die teleologische Betrachtungsweise einer extensiven Auslegung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht an dem Rechtsstaatsgedanken, sondern allein und ausschließlich an der möglichst weitgehenden Verwirklichung des Rechtsschutzgedankens zu orientieren hat ⁹⁶⁾. Eine allgemeine verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke kann daher in dem Rechtsstaatsprinzip für Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht erblickt werden.

Auch für den gerichtlichen Rechtsschutz subjektiver Rechte im Wahlverfahren kann damit dem Rechtsstaatsprinzip nichts entnommen werden. Diesen Schutz gewährleistet weiter und allein Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Insbesondere kann also unter Heranziehung der Rechtsstaatsidee nicht erreicht werden, daß die subjektiven Rechte im Wahlverfahren ohne gerichtlichen Rechtsschutz bleiben und damit der Ausschluß der gerichtlichen Geltendmachung dieser Rechte ⁹⁷⁾ mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu vereinbaren sei.

III) Gerade im Zusammenhang mit der hier erörterten Frage des Rechtsschutzes im Wahlrecht wird immer wieder von maßgeblicher Seite eine immanente sachliche Gewährleistungsschranke der Rechtsfolge des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ("so steht ihm der Rechtsweg offen") angesprochen. So wird behauptet, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine generelle Einschränkung durch das Institut des allgemeinen Rechtsschutzinteresses ⁹⁸⁾ erfahre. Für die Untersuchung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Wahlrecht wird dabei ausgeführt, die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

96) So, unter Abkehr von der ursprünglichen These (vgl. S.40 und Fußnote 89), nunmehr auch v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII

97) vgl. S. 5

98) Die Begriffe "Rechtsschutzinteresse" und "Rechtsschutzbedürfnis" werden im allgemeinen synonym verwendet; vgl. z.B. Bachof, JZ 1966, 302 und Fußnote 63 / Rosenberg, zu § 85 II 2 b / a.A. neuerdings Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 303 (319)

stehe unter dem "Vorbehalt", daß überhaupt ein Rechtsschutzinteresse vorhanden sei. Im Wahlrecht seien jedoch die Fristen so knapp bemessen, daß ein rechtskräftiges Urteil vor dem eigentlichen Wahlakt nicht mehr erreicht werden könne; eben deshalb fehle dem in seinen Rechten beeinträchtigten Wähler das Rechtsschutzinteresse für eine verwaltungsgerichtliche Gestaltungs-⁹⁹⁾klage.

Dieses Argument muß als Kernpunkt der Beweisführung für einen notwendigen Ausschluß des gerichtlichen Rechtsschutzes im Wahlverfahren angesehen werden. Es wird als entscheidender Gesichtspunkt dafür herangezogen, daß der Rechtsmittelausschluß der Wahlgesetze verfassungsgemäß, ja dieser Ausschluß schon vor der Einführung der diesbezüglichen Vorschriften der Wahlgesetze rechtens gewesen sei¹⁰⁰⁾.

Dieser zunächst ohne weiteres einleuchtende und auch überzeugende Satz vom "Vorbehalt" des Rechtsschutzinteresses stellt sich jedoch bei näherer Untersuchung als zumindest mißverständlich heraus und muß daher auf das rechte Maß zurückgeführt werden.

1) Das Rechtsschutzinteresse ist ein prozeßrechtlicher Begriff. Dieser ist im und zunächst allein für den Zivilprozeß entwickelt worden. In den Verwaltungsprozeß hat er im ganzen gesehen nur zögernd Eingang gefunden¹⁰¹⁾. Das hat seine bedeutsame Berechtigung und bedarf einer Erklärung.

99) Seifert, DöV 1953, 365 (366) / Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr. 4, S. 224 / Nass, S. 216 / offenbar auch Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 303 (319) / nicht eindeutig Bettermann, GR, S. 779 (806) einerseits und S. 811 andererseits

100) Seifert, BWG, zu § 50 Rdnr. 1, S. 223, und Rdnr. 5, S. 224 / vgl. auch Fußnote 21)

101) Bachof, JZ 1966, 302

An dieser Stelle ist es versagt, eine umfassende Zusammenstellung der sich auf diesen Begriff beziehenden Meinungen zu bringen ¹⁰²⁾. Zu dem vorliegenden Zweck genügt es, für die allgemeine Begriffserklärung auf eine eingehende Untersuchung zurückzugreifen, in der hierzu ausgeführt wird ¹⁰³⁾: Bei dem Rechtsschutzinteresse müsse es sich um ein individuelles Interesse des Klägers handeln, das auch bei objektiver Beurteilung anzuerkennen sei; es müsse ein gegenwärtiges, prozessuales und schutzwürdiges Interesse sein; es dürfe nicht die Möglichkeit bestehen, auf außerprozessualen Wege den erstrebten Erfolg selbst zu erreichen; es dürfe kein besonderer, einfacherer Rechtsschutzweg neben dem gewählten zur Verfügung stehen.

Ob für den Verwaltungsprozeß dieses als ungeschriebener Rechtsgrundsatz entwickelte Erfordernis des Rechtsschutzinteresses mit dem für den Zivilprozeß erkannten Umfang in § 42 Abs. 2 VwGO festgelegt ist ¹⁰⁴⁾, wonach die Klage nur zulässig ist, wenn der Kläger geltend macht, in seinen Rechten verletzt zu sein, darf bezweifelt werden. Jedenfalls reicht der zivilprozessuale Begriff des Rechtsschutzinteresses wesentlich weiter als die in § 42 Abs. 2 VwGO festgelegte Sachurteilsvoraussetzung. So fände eine Prozeßabweisung in den Fällen, in denen auf außerprozessualen Wege die Beseitigung der Rechtsbeeinträchtigung erzielt werden könnte, jedenfalls in § 42 Abs. 2 VwGO keine Stütze. Ist nämlich der Kläger gegenwärtig in seinen Rechten verletzt und kann er dies in einer für § 42 Abs. 2 VwGO hinreichenden Weise geltend machen, so hat er Anspruch auf ein Sachurteil, gleichgültig, ob er die Rechtsverletzung etwa mit

102) vgl. die Nachweise bei Rosenberg, zu § 90

103) Pohle, S. 212

104) so Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 297 (302 f.)

einer Gegenvorstellung bei der Behörde beseitigen lassen könnte¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾.

Zum anderen muß bezweifelt werden, ob die Übernahme des zivilprozessualen Rechtsschutzinteresses in den Verwaltungsprozeß trotz der positiv-rechtlichen, gegenüber dem Begriff des allgemeinen Rechtsschutzinteresses eingeschränkten Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO zulässig ist¹⁰⁷⁾. Ansätze für ein im Zivilprozeß geltendes, in den Verwaltungsprozeß zu übernehmendes Rechtsschutzinteresse können für diesen nach der hier geteilten Meinung nur aus der Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO entnommen werden¹⁰⁸⁾.

Hier ist nicht der Raum, um diese weitreichende Frage in allen Einzelheiten zu untersuchen. Zwei der wesentlichen Gesichtspunkte müssen daher genügen,

105) so auch Bachof, Rspr., S. 39

106) Von einem etwa erforderlichen Vorverfahren ist dabei hier abgesehen.

107) so aber die h.M.:

Eyermann-Fröhler, zu § 42 Rdnr. 88, 104 / Schunck-De Clerck, zu § 42, S. 194 / Koehler, zu §§ 42, 43 Vbm. VII / Redeker-v.Oertzen, zu § 42 Rdnr. 72 / Bergmann, VerwArch Bd. 49 (1958), 333, der freilich den § 42 Abs. 2 VwGO nur im Entwurf kannte / Obermayer, S. 169 / offenbar auch Hamann, zu Art. 19 Anm. 12 / OVG Rheinl.-Pfalz v. 12.10.59, 2 C 53/58, DöV 1960, 350 (352) / OVG Rheinl.-Pfalz v. 19.6.63, 2 A 14/63, DöV 1964, 207/ vgl. zudem die Rechtsprechungsnachweise bei Bachof, Rspr., S. 182 / im übrigen zweifelnd: Bachof, Rspr., S. 37 / Schröcker, S. 105

108) Menger, VerwArch Bd. 53 (1962), 180, 182 / zunächst folgerichtig auch Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 297 (302 f.), der jedoch im weiteren Verlauf seiner Abhandlung mit der Einfügung eines subjektiven Elements in den § 42 Abs. 2 VwGO zu denselben Ergebnissen gelangen will wie im Zivilprozeß mit Hilfe des Rechtsschutzinteresses; so insb. S. 305, 322

um das Ergebnis zu stützen ¹⁰⁹⁾.

Das eine Argument geht dahin, daß der Gesetzgeber mit großer Wahrscheinlichkeit die Frage eines Rechtsschutzinteresses im Verwaltungsprozeß geregelt haben würde, wenn die Übernahme dieses Instituts auch in den Verwaltungsprozeß beabsichtigt gewesen wäre; denn ihm war das Problem bei der Abfassung der Verwaltungsgerichtsordnung nicht unbekannt ¹¹⁰⁾. Zwar ist im allgemeinen dem Schweigen des Gesetzgebers nicht allzu viel zu entnehmen; doch scheint in der vorliegenden Frage eine besondere Lage gegeben. Das Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses, insbesondere auch im Verwaltungsprozeß, war stets umstritten und durch eine kurz vorhergehende monographische Untersuchung ¹¹¹⁾ sehr kritisch beleuchtet worden. Der Gesetzgeber eines so wesentlichen Gesetzes wie der Verwaltungsgerichtsordnung konnte bei der Unsicherheit und Uneinheitlichkeit, die bei den Gerichten in dieser Frage herrschte, nicht stillschweigend davon ausgehen, daß sich das zivilprozessuale Rechtsschutzinteresse zwanglos über § 173 VwGO oder aber sonsthin durch die Rechtsprechung in den Verwaltungsprozeß einfügen werde. Hätte er das gewollt, so hätte er mit ziemlicher Sicherheit zumindest einen Hinweis gegeben ¹¹²⁾.

109) Zur Terminologie sei bemerkt, daß es zweckmäßig erscheint, im Verwaltungsprozeß an Stelle des Begriffs des Rechtsschutzinteresses den auf § 42 Abs. 2 VwGO zurückgeführten Begriff der Rechtsschutzbehauptung (in Anlehnung an Hoffmann, a.a.O.) zu verwenden, damit möglichst eine aus dem für den Zivilprozeß festgelegten Begriff folgende sachliche Verwirrung und eine inhaltliche Identifizierung vermieden werden.

110) Die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 ist am 1.4.1960 in Kraft getreten; vgl. § 195 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

111) Pohle, a.a.O.

112) Aus den Materialien ergibt sich in dieser Hinsicht nichts; vgl. BTDr. 3, 1094 / StenBer. Bd. 44, S. 4569, 4816

Das dargestellte Ergebnis entspricht zum ande-
rem dem Unterschied zwischen beiden Verfahrensarten, die
sowohl in ihrer Ausgestaltung als auch Zielsetzung durchaus
verschiedenartig sind. Für den Zivilprozeß wird die staat-
liche Rechtsprechungsgewalt zur Schlichtung privatrechtli-
cher Streitigkeiten von den Parteien gleichsam als Schieds-
richter "ausgeliehen". Dem entspricht die dort geltende
Parteimaxime. Daß dabei schärfere Anforderungen an ein
Rechtsschutzinteresse gestellt werden können, leuchtet ein.
Anders ist dies im Verwaltungsprozeß. Mit seiner Hilfe soll
dem anerkannten Recht des Einzelnen gegenüber der öffent-
lichen Gewalt zum Siege verholfen werden. Dabei geht es nicht
ausschließlich und allein um das Individualrecht selbst. Der
Schutz, der diesem Recht zukommt, wird - wenngleich dieser
Gesichtspunkt im Bereich des Zivilrechts in gewisser Weise
ebenfalls zutreffen mag - auch im Interesse der Allgemei-
heit gewährt; denn die Bewährung gerade derjenigen Rechte,
die das Verhältnis zwischen Staatsbürger und öffentlicher
Gewalt bestimmen, ist für den Bestand des Staates und seiner
inneren Ordnung eine Frage ganz besonderen Ranges ¹¹³⁾.
Deshalb hat schon der Verfassungsgeber dem durch die öffent-
liche Gewalt Verletzten kraft der ausdrücklichen Bestimmung
des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG Zugang zu einem Gericht er-
öffnet. Das Rechtsschutzinteresse erkennt also schon Art. 19
Abs. 4 Satz 1 GG grundsätzlich an ¹¹⁴⁾, wobei nicht einmal
eine Ausschließung von Bagatellsachen im Gegensatz zum Zivil-
prozeß zulässig erscheint ¹¹⁵⁾. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

113) Forsthoff, S. 462 / Schönke, S. 13

114) Maunz-Dürig, zu Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 25

115) OVG Mstr. v. 28.2.61, II A 1311/59, NJW 1961, 1643 /
De Clerck, DöV 1954, 525 / Ule, VVDStRL 15, 133 (164
Fußnote 104) / Pohle, S. 204, 210, 211 / Bachof,
JZ 1966, 302 / Menger, VerwArch Bd. 53 (1962), 180, 182
vgl. Allorio, ZZP 67, 321 (339) / Baumgärtel, ZZP 67,
423 (431) / StenBer. Bd. 44, S. 4569 (4603 D) / a.A. Ober-
mayer, S. 169 / Bettermann, GR, S. 779 (806) / Hamann,
zu Art. 19 Anm. 12

gibt also den Streitigkeiten des Bürgers mit dem Staat einen anderen Rang, als ihn die Streitigkeiten der Bürger untereinander haben ¹¹⁶⁾. Diese Bestimmung enthält und verträgt keinen (Gesetzes-) "Vorbehalt", keine generelle Ausnahme; sie ist nicht nur nicht in ihrem Wesensgehalt, sondern außerhalb des Art. 79 Abs. 3 GG überhaupt nicht antastbar ¹¹⁷⁾.

Es muß daher festgehalten werden, daß das zivilprozessuale Institut des Rechtsschutzinteresses nicht in den Verwaltungsprozeß zu übernehmen ist. Für diesen verbleibt es allein bei der Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO, in der das für den Verwaltungsprozeß geltende "Rechtsschutzinteresse" an der Erlangung einer Sachentscheidung abschließend geregelt ist und an den darüber hinausgehende Anforderungen nicht zu stellen sind ¹¹⁸⁾.

Nimmt man also an, daß das im Verwaltungsprozeß geltende Gegenstück zum Rechtsschutzinteresse des Zivilprozeßrechts die Rechtsschutzbehauptung des § 42 Abs. 2 VwGO darstellt, so ist die hier angegriffene These vom "Vorbehalt des Rechtsschutzinteresses" in der sie begründenden Gedankenkette nicht schlüssig. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die Funktion der Rechtsschutzbehauptung des § 42 Abs. 2 VwGO liegt darin, als erste große Selektion die Popularklage auszuschließen ¹¹⁹⁾. Das Gericht hat also eine globale Prüfung durchzuführen, ob der Kläger in seinen Rechten verletzt ist oder sein kann. Damit wird durch diese

116) Maetzel, DöV 1965, 314 / Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 297 (301)

117) Bettermann, GR, S. 779 (811) / Auert, S. 60

118) so erfreulich klar: Menger, VerwArch Bd. 53 (1962), 180 und ins. 182 / ebenfalls Schröcker, S. 105, 106

119) vgl. statt vieler: Eyermann-Fröhler, zu § 42 Rdnr. 85, 86 / Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962), 297 (320)

Vorschrift gewissermaßen ein Teil der Begründetheit der Klage in die Zulässigkeit verlegt ¹²⁰⁾. Wer in seinen Rechten verletzt ist, kann immer die Rechtsschutzbehauptung aufstellen. Dabei kommt dem Bürger die Untersuchungsmaxime im Zusammenhang mit der Hilfspflicht des Gerichts gemäß § 86 Abs. 1 und 3 VwGO zugute ¹²¹⁾. Das Institut der Rechtsschutzbehauptung soll nämlich nach seinem Sinn und Zweck nicht die Klagemöglichkeit für denjenigen beschränken, der in seinen Rechten verletzt ist. Die sich für eine ökonomische Prozeßbehandlung auswirkende, die Popularklage ausschließende Beschränkung trifft nur den, der ganz offenbar nicht Träger von eigenen Rechten ist, die verletzt sein können.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen: Wer eigene Rechte hat, die verletzt sein können, kann in aller Regel die Rechtsschutzbehauptung aufstellen. Diese Rechtsschutzbehauptung im Sinne der These das "Rechtsschutzinteresse", ist daher kein allgemeingültiges Kriterium, das geeignet wäre, die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG einzuschränken, da sie sich fast stets mit den Tatbestands-

120) Redeker-v.Oertzen, zu § 42 Anm. 13

121) Eyermann-Fröhler, zu § 86 Rdnr. 2, 24 / Klinger, zu § 86 B 1, S. 336

a.A. in dieser Hinsicht Hoffmann, VerwArch Bd. 53 (1962) 297 (308), der hier den Untersuchungsgrundsatz des § 86 Abs. 1 VwGO nicht gelten lassen will, aber dabei den § 86 Abs. 3 VwGO übersieht; seiner Annahme, daß die Klage unzulässig sei, wenn der Kläger selbst keine geeignete Rechtsschutzbehauptung aufstelle, gleichwohl aber die Rechtsverletzung bezeugenden Tatsachen dem Gericht vorlägen und bekannt seien, kann für die (Regel-) Fälle, in denen der Wille des Klägers zur Durchführung der Klage feststeht, wegen allzu starker Überbetonung des Formalen nicht gefolgt werden. Es kommt also nicht nur und allein auf den Vortrag des Klägers an; vielmehr sind alle erkennbaren Umstände in die Betrachtung einzubeziehen.

voraussetzungen dieser Vorschrift deckt ¹²²⁾).

2) Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen will und also dennoch den Begriff des Rechtsschutzinteresses mit dem für den Zivilprozeß geprägten Inhalt auch in den Verwaltungsprozeß übernehmen möchte, so ist die These vom "Vorbehalt" des Rechtsschutzinteresses nicht überzubewerten und mit Vorsicht zu handhaben.

a) Will man nämlich damit das Rechtsschutzinteresse zur immanenten sachlichen Gewährleistungsschranke des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erheben, so muß man sich das typische Merkmal einer solchen Schranke vor Augen halten. Dieses besteht darin, daß zwar einerseits durch diese Schranke die Verfassungsvorschrift inhaltlich ergänzt wird, andererseits aber auch die Vereinbarkeit einer solchen Schranke mit dem Sinn und Zweck der Verfassungsvorschrift ständig zu überprüfen ist ¹²³⁾. Es kann nämlich als gesichert angesehen werden, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den Rechtsweg zunächst nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnungen gewährleistet, sodaß die Anrufung der Gerichte von der Erfüllung bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf ¹²⁴⁾, doch sind solche Normen im einzelnen stets an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu messen und daher verfassungswidrig, wenn sie den Weg zu den

122) vgl. dazu Hoffmann, S. 302 und Fußnote 22: Es sei gerade die Aufgabe des Gerichts, die Rechtsverletzung zu ermitteln - und also das Vorliegen der Rechtsschutzbehauptung zu prüfen -; diese könne daher nicht die Voraussetzung für die Eröffnung des Rechtsweges sein.

123) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. B XV 1 c, S. 123

124) BVerfG v. 12.1.60, 1 BvL 17/59, NJW 1960, 331 / OVG Mstr. v. 28.2.61, II A 1311/59, NJW 1961, 1643 / BVerwG v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (169)

Gerichten in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren ¹²⁵⁾. Insofern handelt es sich bei der angeführten These vom "Vorbehalt" des Rechtsschutzinteresses um ein gewissermaßen zweischneidiges Schwert; sie trifft zu, wenn die an das Rechtsschutzinteresse zu stellenden Anforderungen dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entsprechen; sie ist unrichtig, wenn diese Anforderungen im einzelnen wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht gestellt werden dürfen.

b) Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen allgemein an ein Rechtsschutzinteresse gestellt werden dürfen, kann das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht sein. Dazu sind folgende Bemerkungen wiederzugeben: Es sei in erster Linie nach dem Ziel einer Rechtseinrichtung, erst in zweiter Linie nach dessen Begrenzung oder Einschränkung zu fragen. Das Rechtsschutzinteresse diene damit einem Interesse zweiten Ranges. Die Regel müsse die Gewährung des Rechtsschutzes, die Versagung die Ausnahme bilden ¹²⁶⁾. Wenn die Rechtsordnung ein materielles Recht anerkenne, bejahe sie dadurch mittelbar in aller Regel das Interesse des Rechtshabers an einem Rechtsschutz. Das Prozeßrecht sei Diener des materiellen Rechts und dürfe sich nicht zu dessen Herrn aufschwingen, indem es dieses durch Versagung des Rechtsschutzes beschneidet ¹²⁷⁾. Es sei daher davon auszugehen, daß in erster Linie der Staat einen umfassenden Rechtsschutz zu gewähren habe. Erst in zweiter Linie sei die Frage zu stellen, ob nicht Gegner und Gericht durch die Art des Rechtsschutzbegehrens unangemessen behelligt würden ¹²⁸⁾.

125) BVerfG v. 12.1.60, 1 BvL 17/59, NJW 1960, 331 / vgl. auch Obermayer, DVBl. 1965, 625 (626) / Schröcker, S. 106

126) Pohle, S. 204

127) Pohle, S. 212

128) Pohle, S. 223

c) Welche der den Wahlvorgang regelnden Bestimmungen im einzelnen bestehen, die den Vertretern der Ansicht, ein Rechtsschutz sei im Wahlverfahren wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht angängig, dazu dienen, das Rechtsschutzinteresse im konkreten Fall zu verneinen, und ob diese Bestimmungen mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG übereinstimmen, kann erst dargelegt und untersucht werden, wenn die weiteren Tatbestandsmerkmale dieser Verfassungsvorschrift erläutert sind. Die den Rechtsschutz im Wahlverfahren hindernden Vorschriften können nämlich nur dann an den Erfordernissen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gemessen werden, wenn dem Bürger im Wahlrecht überhaupt eigene individuelle Rechte zustehen, die durch die öffentliche Gewalt verletzt werden.

Zusammenfassend läßt sich demnach feststellen: Im Verwaltungsprozeß gibt es im Gegensatz zum Zivilprozeß nicht ein Rechtsschutzinteresse als Sachurteilsvoraussetzung. Den Vertretern der Meinung, einem Rechtsschutz im Wahlverfahren stehe mangelndes Rechtsschutzinteresse entgegen, kann daher schon aus diesem Grunde nicht gefolgt werden. Teilt man hingegen mit der herrschenden Auffassung diese Ausgangsvoraussetzung nicht, so muß jedenfalls deutlich bleiben, daß die Verfassungsvorschrift des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht unter dem "Vorbehalt" des Rechtsschutzinteresses im Sinne einer echten Schranke steht, sondern hiermit nur eine immanente sachliche Gewährleistungsschranke angesprochen wird. Als solche wird das Rechtsschutzinteresse im einzelnen je nach seinen besonderen im Wahlrecht festgelegten Anforderungen an dem Sinn und Zweck der Verfassungsvorschrift zu messen sein.

IV) Bei der Festlegung der immanenten Schranken des Begriffs "in seinen Rechten" im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist eine Besonderheit zu beachten. Im Unterschied zu anderen, bereits in gewisser Weise umgrenzten und sachlich unmittelbar auf ein bestimmtes Rechtsgebiet bezogenen Grundgesetzbestimmungen ist die vorerwähnte Verfassungsvorschrift in dieser Hinsicht von allgemeinerer Natur. Dies wird eben deutlich durch die Formulierung "in seinen Rechten" und die Tatsache, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht selbst Rechte gewährt, sondern diese als bestehend und anerkannt voraussetzt ¹²⁹⁾. Daher bedürfen die Regeln über die Festlegung von immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken ¹³⁰⁾ eines erklärenden Zusatzes: Bei der Auslegung dieses Teiles des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist letztlich jeweils dasjenige Rechtsgebiet entscheidend mitzuberücksichtigen, auf das die Rechtsweggarantie im einzelnen bezogen werden soll. Die Bezugnahme auf verfassungsrechtliche und außerverfassungsrechtliche Rechte gewährende gesetzliche oder sonst rechtsverbindliche Bestimmungen ist in diesem Satzteil des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vorausgesetzt ¹³¹⁾. Es handelt sich gewissermaßen um einen "offenen Tatbestand", dessen endgültige begriffliche Bestimmung nicht aus sich selbst heraus erfolgen kann. Der letztlich verbindliche Umfang der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bestimmt sich demnach nach dem Maß der in dem jeweils herangezogenen Sachgebiet anerkannten Rechte.

129) vgl. S. 25

130) vgl. S. 30

131) vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. VI 4 a, wo Art. 19 Abs. 4 GG als Grundsatznorm bezeichnet wird, das heißt als Verfassungsrechtssatz ohne einen auf ein einzelnes sachliches Teilrechtsgebiet der Rechtsordnung bezogenen Gehalt.
Vgl. auch S. 24, Fußnote 34.

1) Wenn bei der Bestimmung der Rechte allein im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG von immanenten Schranken die Rede ist, so muß man sich vor Augen halten, daß diese wegen der allgemein gehaltenen Fassung des Satzteils "in seinen Rechten" ebenfalls nur zu einer lediglich allgemeinen Begriffserklärung führen können. Damit ist die Frage nach den dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG überhaupt unterstellten Rechten angesprochen.

a) Nachdem diese Problemstellung anfangs Gegenstand umfänglicher Auseinandersetzungen war - unter den Rechten des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wurden teils nur Grundrechte, teils alle subjektiven öffentlichen Rechte (im Sinne von Ansprüchen), teils alle subjektiven persönlichen Rechte, teils alle rechtlich geschützten (schutzwürdigen) Interessen und sogar Rechtsreflexe verstanden ¹³²⁾, scheint sich nunmehr eine weitgehend übereinstimmende Meinung herausgebildet zu haben. So wird nicht mehr angezweifelt, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht nur Grundrechtsverletzungen, sondern jede Rechtsverletzung schlechthin betrifft ¹³³⁾. Uneinigkeit besteht lediglich noch darüber, wie weit im einzelnen der Kreis der Rechte zu ziehen ist, insbesondere, wo die Grenze zu den nichtklagbaren Rechtsreflexen liegt.

Ausgangspunkt für die Auffindung einer Berechtigung, eines Rechts im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist eine Wertung, nämlich eine (Interessen-) Bewertung der Norm. Recht im objektiven Sinne seien demgemäß die Normen, die festlegten, welche Interessen bei der Kollision

132) vgl. die Zusammenstellungen bei Dall., S. 11 ff. /
v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII 3 /
Maunz-Dürig, zu Art. 19 Rdnr. 33, 34

133) Maunz-Dürig, zu Art. 19 Rdnr. 33

mit anderen zurückzustehen hätten, weil sie objektiv minderwertig seien. Recht im subjektiven Sinne sei die sich aus dem objektiven Recht ergebende Berechtigung, das im Kollisionsfall objektiv höhere Interesse zu verfolgen. Das Bestehen einer Berechtigung hänge damit von der in der Norm für den Kollisionsfall zum Ausdruck gelangten Bewertung der Interessen ab ¹³⁴⁾.

Von dieser Grundlage her bestimmt sich die Grenze zwischen den klagbaren und den nicht klagbaren Rechtsreflexen. Entscheidend ist die Wirkung, die den Rechtsreflexen im einzelnen je nach dem Zweck und je nach der sie begründenden Norm eigen ist. Reflexe, die lediglich Nebenwirkungen einer im staatlichen oder sonstigen überindividuellen Interessen ergangenen Norm seien, müßten als nicht klagbar angesehen werden; Reflexe solcher Normen hingegen, welche die Behörden zu einem Handeln zugunsten des Einzelnen verpflichteten, ohne ihm ausdrücklich einen Anspruch auf diese Handlungen zuzuerkennen, seien klagbar ¹³⁵⁾.

b) Geht man von der grundsätzlich nicht beschränkbaren Rechtsfolge des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG aus ("so steht ihm der Rechtsweg offen"), so drängt sich bei der Bestimmung des Begriffs "in seinen Rechten" die Frage auf, ob das Bestehen einer Berechtigung, eines Rechts im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG davon abhängig ist, daß sie als klagbar ausgestaltet sind. Dazu ist vor allem wesentlich, welche Bedeutung und welchen Einfluß eine gesetzliche Vorschrift auf die Bestimmung und Festlegung einer Position als Berechtigung, als Recht hat, die den Rechtsweg ausschließt; so ließe sich z.B. in Umkehrung der beiden

134) Wolff, Bd. 1, § 43 I c, S. 236, 237

135) Bachof, Vornahmeklage, S. 85 ff. / v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII 3 e, S. 537 m.w.N.

Satzteile des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Behauptung aufstellen, daß eine Position kein Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG darstelle, wenn der Gesetzgeber den Rechtsweg hierfür ausgeschlossen habe.

Welche Unsicherheit in der Argumentation von diesem Ausgangspunkt her weithin herrscht, läßt sich aus mancher Stelle in der Literatur erkennen.

So wird teilweise die sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ergebende Klagbarkeit einer Position dafür verwendet, diese Position in den Rang eines subjektiven öffentlichen Rechts zu erheben. Danach ¹³⁶⁾ soll im heutigen Staat der Einzelne auf die Einhaltung einer seinem Individualinteresse dienenden Rechtsnorm auch einen Rechtsanspruch, ein subjektives Recht haben. Die Bestätigung hierfür sei in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu erblicken. Nach dieser Vorschrift sei insofern nicht mehr allein auf die subjektiven öffentlichen Rechte im hergebrachten Sinne ¹³⁷⁾ abzustellen, als Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht mehr ein außerhalb seiner selbst begründetes subjektives Recht verlange; sein Inhalt bewirke vielmehr überall dort, wo eine der Befriedigung von Individualinteressen dienende Rechtsnorm ein bestimmtes Verhalten der öffentlichen Gewalt verlange, daß dem Interessenten die bisher vielleicht fehlende Willensmacht zur Herbeiführung dieses Verhaltens verliehen und damit ein subjektives Recht eingeräumt werde ¹³⁸⁾. Nachdem diese Ansicht dennoch die Gleichstellung von subjektivem Recht und Klag-

136) Bachof, Vornahmeklage, S. 84, 85

137) als eine von der Rechtsordnung zur Befriedigung eines Interesses gewährte Willensmacht, vgl. Bachof, Vornahmeklage, S. 63, und die Zusammenstellung bei Dall, S. 68 ff.

138) gemeint ist hier ein solches im weiteren Sinne, vgl. Bachof, Staat, S. 11 Fußnote 31

barkeit ablehnte, da ein Recht nicht deshalb aufhöre, ein Recht zu sein, weil Rechtsbehelfe zu seiner Verwirklichung fehlten ¹³⁹⁾, bedurfte sie zur Vermeidung eines Zirkelschlusses einer Korrektur: Es sei zwar nicht aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG allein, aber doch aus der Grundkonzeption des Grundgesetzes auf ein Recht und damit auf Rechtsschutz aller bisher nur objektiv-rechtlich geschützten Individualinteressen zu schließen ¹⁴⁰⁾. Trotz dieser Korrektur zeigen die dargelegten Bemühungen den Versuch, die in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erspürte enge Verbindung von Klagbarkeit und Anerkennung eines Rechts deutlich zu machen.

Ein derartiger Rückschluß aus der Eröffnung des Rechtsweges, also der Verleihung eines Klagerechts, auf ein materielles Recht, insbesondere einen Anspruch, wird von anderer Seite als aktionenrechtliches Denken getadelt ¹⁴¹⁾. Dennoch wird eingeräumt, daß es - wohl eben unter der Geltung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG - noch fraglich sei, ob zum Wesen oder Begriff des subjektiven Rechts auch dessen Klagbarkeit gehöre.

Schließlich wird die Klagbarkeit gleichwohl, in Kenntnis dieser Kritik, als ausschlaggebendes Merkmal für das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts angesehen. Danach ¹⁴²⁾ sei die nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit einer Anfechtungsklage das einzige tragfähige Indiz dafür, daß es bei Statusverletzungen materiell-rechtliche Reaktionsansprüche geben müsse. Es sei methodisch sehr wohl von der actio auf das ius zu schließen und das

139) Bachof, Vornahmeklage, S. 65

140) Bachof, Jell.-Ged., S. 297 ff.

141) Bettermann, GR, S. 779 (803)

142) Rupp, S. 171, 174

ius nach den Voraussetzungen der actio zu bestimmen. Eben dann fehle es nicht mehr an der dem subjektiven öffentlichen Recht beizugebenden Willensmacht, da diese in der Klagemöglichkeit zum Ausdruck gebracht werde. Freilich muß hierzu bemerkt werden, daß mit dieser Argumentation das subjektive Recht zu neuem Verständnis gebracht werden soll. Was nach herkömmlicher Ansicht als Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bezeichnet wurde, ist hier als status gekennzeichnet. Die Ermittlung eines solchen status folgt der Abgrenzung zwischen Rechten und (nicht klagbaren) Rechtsreflexen¹⁴³⁾. Als subjektives Recht wird nicht das im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzte Recht, sondern das sich aus der Verletzung ergebende Recht, der sogenannte Reaktionsanspruch¹⁴⁴⁾, angesehen. Gleichwohl läßt auch diese Ansicht das Unbehagen deutlich werden, das sich aus der Bestimmung einer nicht klagbaren Position als subjektives Recht ergibt, sodass dort eine Neuorientierung versucht wird.

An dieser Stelle eine abschließende Klärung dieser Frage zu erzielen, würde über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinausgehen. Es kam hier vielmehr nur darauf an, die Abhängigkeit zwischen der Klagbarkeit einer Position und deren Bestimmung als eines Rechts aufzuzeigen. Sicher handelt es sich bei dieser Problemstellung um einen Scheidepunkt in der Systematik des Rechts; denn es mag in der Tat sinnlos erscheinen, wenn der Gesetzgeber "Rechte" gewährt, die nicht als klagbar ausgestaltet sind, sich also im Streitfall nicht autoritativ mit Hilfe der dritten Gewalt durchsetzen lassen, deren tatsächliche Gewährung oder Vollziehung mithin vom Bürger her gesehen nur

143) vgl. S. 56

144) dazu schon Gehring, DöV 1954, 331 (332) / Menger, MDR 1955, 512 (513)

davon abhängig ist, ob sich die gewährende Behörde an den objektiven Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, gebunden fühlt oder nicht. Deswegen mag es eben angesichts der unbeschränkten Geltung der Rechtsfolge des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zur Erlangung eines geschlossenen Systems angebracht erscheinen, das Augenmerk stärker als bisher auf die Bestimmung der Rechte zu lenken ¹⁴⁵⁾, zumal sich diese ja aus Vorschriften außerhalb des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG herleiten. Bei einer entsprechenden Auslegung des Begriffs der Rechte kann es dann möglich werden, dem Grundanliegen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gerecht zu werden: Jedes Recht wäre klagbar; es gäbe keine klaglosen Rechte mehr. Einem solchen System würde sich auch der Satz zwanglos einfügen: Wo eine Position als gerichtlich verfolgbar erklärt ist, liegt notwendigerweise ein subjektives Recht vor ¹⁴⁶⁾. Gleichwohl soll hier der Annahme, zum Begriff oder Wesen eines Rechts gehöre auch dessen Klagbarkeit, nicht das Wort geredet werden; diese These ist bisher so wenig gefestigt, daß sie als nicht hinreichend tragfähig erscheint, die auf die Ausschließung des Rechtsschutzes im Wahlverfahren hinzielende Beweisführung zu widerlegen.

Soviel läßt sich aber jedenfalls diesen Auseinandersetzungen entnehmen, daß dort, wo eine Position gerichtlich nicht verfolgt werden kann, weil gesetzlich der Rechtsweg ausgeschlossen ist, die Vermutung naheliegt, daß der Gesetzgeber mit der Festlegung dieser Position kein Recht gewähren wollte. Ein solcher Hinweis ist auch nach der Methode der objektiven Auslegung zu berücksichtigen ¹⁴⁷⁾.

145) vgl. dazu schon Bettermann, VVDStRL 15, S. 215
(Diskussionsbeitrag)

146) Bachof, Vornahmeklage, S. 65

147) vgl. zur objektiven Auslegungsmethode: P. Schneider, VVDStRL 20, S. 1 (8 ff.)

Die Klagbarkeit einer Position muß daher als ein Indiz unter anderen für die Bestimmung einer Position als Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verwendet werden. Es wird damit deutlich, daß es der Gesetzgeber sehr wohl vermag, der Behörde eine Verpflichtung aufzuerlegen, ohne gleichzeitig dem Bürger einen korrespondierenden Anspruch einräumen zu wollen oder ihn konkret zu begünstigen, und daß er, um dies klarzustellen, den Rechtsweg ausschließt. Daß hierbei der Gesetzgeber nicht völlig freie Hand hat, nach eigenem Ermessen objektiv-rechtlichen Vergünstigungen den Charakter subjektiver Berechtigungen vorzuenthalten, um damit, soweit es sich nicht um verfassungsrechtliche Positionen handelt, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gewissermaßen aus den Angeln zu heben, ist bereits von anderer Seite betont worden ¹⁴⁸⁾. Der Ausschluß des Rechtsweges kann daher dann nicht als Indiz dafür gelten, daß die Position nicht als Recht anzuerkennen sei, wenn die diese Position festlegende gesetzliche Vorschrift nach ihrem Wortlaut und/oder der in ihr zum Ausdruck gelangten Interessenbewertung eindeutig eine subjektive Berechtigung enthält. In diesem Fall ist der Ausschluß des Rechtsweges nicht mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar.

2) Zur weitergehenden Bestimmung der dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unterstellten Rechte ist nach allem ein Eingehen auf das jeweilige Sachgebiet erforderlich, hier also das Wahlrecht.

a) Die dem Bürger zustehenden Wahlrechte gehen auf Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zurück. Mit dieser Verfassungsbestimmung ist das Wahlrecht verfassungskräftig festgelegt. Inhaltlich stellt sich das Wahlrecht aktiv als die Befugnis

¹⁴⁸⁾ Bachof, VVDStRL 12, 37 (74,75)

dar, bei der Wahl der Volksvertreter mitzuwirken¹⁴⁹⁾. Dabei äußert sich das aktive Wahlrecht sowohl in der Teilnahme an der Stimmabgabe als auch in der Aufstellung und Einreichung der Wahlvorschläge¹⁵⁰⁾. Seine nähere Ausgestaltung erfährt es durch die ebenfalls in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG niedergelegten Wahlrechtsgrundsätze (allgemein, unmittelbar, frei, gleich, geheim) und in der Konkretisierung durch den Wahlgesetzgeber gemäß Art. 38 Abs. 3 GG, wobei von den aufgezählten Wahlrechtsgrundsätzen nicht abgewichen werden darf. Diese Wahlrechtsgrundsätze gelten für das gesamte Wahlverfahren und erstrecken sich damit insbesondere auf die Wahlvorbereitung und den Wahlakt selbst.

b) Es ist deutlich, daß die in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gegebenen Wahlrechte wegen ihrer Natur als sogenannte aktive Statusrechte¹⁵¹⁾ nicht unter dem allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt stehen. Damit bleibt also nur die Frage nach den immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken dieser Rechte, mit anderen Worten die Frage, ob das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG festgelegte aktive Statusrecht etwa eingeschränkt ist wegen der "besonderen Natur des Wahlverfahrens"¹⁵²⁾.

149) vgl. hierzu und zum folgenden: v. Mangoldt-Klein, Bd. 2, zu Art. 38 Anm. III 1 und 2 / Maunz-Dürig, zu Art. 38 Rdnr. 29 ff. / Westerath, S. 8 ff.

150) Dieser zweite Bestandteil des aktiven Wahlrechts wird hier vernachlässigt, da seine Rechtsschutzprobleme in den Zusammenhang mit dem hier gleichfalls nicht behandelten passiven Wahlrecht gehören.

151) G. Jellinek, System, S. 147 / v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, Vbm. A II 3 c

152) Diesen Ausdruck verwendet das Bundesverfassungsgericht; vgl. Fußnote 64) *

Die Notwendigkeit zu einer Einschränkung des aktiven Wahlrechts könnte sich zunächst aus dem Funktionselement der Wahl ergeben. Zweck der Wahl ist es, in einer parlamentarischen Demokratie ein Parlament zu schaffen, das die erwählte Regierung trägt und kontrolliert ¹⁵³⁾. Aus dieser Funktion der Wahl allein läßt sich aber eine Einschränkung des Wahlrechts noch nicht herleiten; es sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die aus diesem Grunde eine derartige Einschränkung forderten. Mit dem Funktionselement in engem Zusammenhang steht jedoch das Zeitelement der Wahl. Die Wahl muß gleichzeitig und termingerecht durchgeführt werden, damit sie ihrer Funktion gerecht wird. Aus diesem Grunde, so wird behauptet ¹⁵⁴⁾, sei die Rechtskontrolle der Einzelentscheidungen während des Wahlablaufs begrenzt und im übrigen einem nach der Wahl stattfindenden Wahlprüfungsverfahren vorbehalten.

Da dies die einzige auffindbare Begründung ist, die das Bundesverfassungsgericht unmittelbar zu dieser Frage verlauten läßt ¹⁵⁵⁾, muß hier ausführlich - notfalls mit Hilfe von Schlußfolgerungen - darauf eingegangen werden.

aa) Wenn gesagt wird, die Rechtskontrolle der Einzelentscheidungen müsse begrenzt werden, damit die Wahl termingerecht durchgeführt werden könne, so geht das Bundesverfassungsgericht offenbar davon aus, eine weitergehende Rechtskontrolle behindere den Wahlablauf in einer Weise, daß das Ziel der Wahl und ihre Funktion nicht mehr garantiert würden. Das aber setzte voraus, daß die eine weitergehende Rechtskontrolle wahrnehmenden Verwaltungsge-

153) WR-Bericht, S. 46,47

154) vgl. die Nachweise in Fußnote 64)

155) Mehr ergibt sich auch nicht aus der Zusammenstellung bei Leibholz-Rinck, zu Art. 41, S. 354 f.

richte in den Wahlablauf entweder hemmend eingreifen oder aber z.B. den Wahlzeitpunkt hinausschieben könnten. Beides ist jedoch nicht der Fall. Der verwaltungsgerichtliche Spruch äußert sich nicht anders als die in dem vorgesehenen Beschwerdeverfahren getroffene Entscheidung. Ebenso wie der Kreiswahlleiter bei der Entscheidung über die Beschwerde¹⁵⁶⁾, will er ihr stattgeben, die nach dem Einspruch erlassene Maßnahme der Gemeindebehörde aufhebt und etwa die Gemeindebehörde anweist, den Wahlberechtigten in das Wählerverzeichnis einzutragen oder sonst zur Wahl zuzulassen, kann auch das Verwaltungsgericht in diesen Fällen nur die angefochtene Maßnahme aufheben und die Behörde zur Vornahme einer bestimmten Handlung verpflichten. Kommt vor dem Wahlakt eine solche Entscheidung nicht mehr zustande oder ergeht zwar die gerichtliche Entscheidung, wird diese jedoch vor der Wahl von der Behörde nicht mehr berücksichtigt, so wird der angegriffene Wahlverfahrensakt mit dem Abschluß der Wahl "irreparabel". Der Wahlprozeß kann nicht mehr - auch nicht durch die Verwaltungsgerichte - "zurückgedreht" werden¹⁵⁷⁾. Infolgedessen ist nicht ersichtlich, wieso aus diesem Grunde eine Einschränkung der Rechtskontrolle geboten sein soll.

bb) Vielleicht ist aber auch gemeint, die Rechtskontrolle sei etwa notwendigerweise deshalb begrenzt, weil die sich auf die Wahl beziehenden gesetzlichen Vorschriften lediglich auf die Ordnungsmäßigkeit der Wahldurchführung abzielten; demzufolge stünden im Wahlverfahren subjektive Rechte nicht zur Debatte; Verletzungen von Wahlvorschriften seien daher einem Wahlprüfungsverfahren vorbehalten

156) vgl. § 19 Abs. 5 BWO

157) Seifert, DöV 1953, 365 (368)

ten, das sich allein mit der Ordnungsmäßigkeit des Wahlablaufs, der Gültigkeit der Wahl beschäftige.

Um eine solche Annahme zu widerlegen, müssen einige Bemerkungen über den sogenannten status activus im allgemeinen gemacht werden. Hierzu darf auf grundlegende Gedanken zurückgegriffen werden, die in der wissenschaftlichen Erörterung bis heute ¹⁵⁸⁾ Bestand behalten haben.

Danach sei jede Bestellung eines Staatsorgans, daher auch jeder Anteil an einer staatlichen Wahl Ausübung einer staatlichen Funktion. Indem aber der Einzelne diese Funktion ausübe, werde er selbst zum Staatsorgan und habe damit keine selbständigen Rechte, sondern staatliche Kompetenzen. Der Wähler handle nicht als selbständige Individualität, sondern als Staatsorgan. Wählen sei eine staatliche Funktion, deren Subjekt niemals der Einzelne sein könne. Der ganze Vorgang der Wahl sei ausschließlich durch objektives Recht geregelt, aus dem sich für niemanden ein subjektives Recht ableite ¹⁵⁹⁾. Die Wahlhandlung selbst könne daher niemals Inhalt eines individuellen Rechts sein; vielmehr sei der Wähler im Wahlakt als Teilorgan, als Mitglied des von sämtlichen Wählern gebildeten Wahlkollegiums zu betrachten ¹⁶⁰⁾. Der Staat gewinne die "physischen Willen" in denen seine Willensbildung sich vollziehe, durch Zuteilung bestimmter Fähigkeiten an den Einzelnen; er setze diesen in Stand, im öffentlichen Interesse tätig zu werden. Die rechtliche Handlungsfähigkeit des Einzelnen werde erweitert, dem Individuum wachse der aktive Status zu ¹⁶¹⁾.

158) vgl. z.B. Küchenhoff, S. 39

159) G.Jellinek, System, S. 138

160) G.Jellinek, System, S. 159

161) G.Jellinek, System, S. 138, 139

Kraft dieses aktiven Status habe der Einzelne einen Anspruch auf Organstellung, und zwar auf Anerkennung seiner Individualität als Träger staatlicher Kompetenzen. Nur darauf aber gehe der individuelle Anspruch. Die Ausübung der staatlichen Funktion sei nicht mehr Inhalt individueller Berechtigung und könne es nicht sein; denn dem Wähler als Staatsorgan ermangele die "physische Individualität" der Persönlichkeit. Diese sei Glied eines höheren Ganzen geworden, und die diesem Gliede weiterhin "subsistierende" Einzelpersönlichkeit könne nur den Anspruch haben, als Glied des Ganzen zu gelten ¹⁶²⁾. Dieser Anspruch gehe auf Anerkennung des Einzelnen in seiner Eigenschaft als Wähler, als Träger des aktiven Status. Diese Anerkennung beziehe sich in erster Linie auf den Anspruch, in die Wählerliste eingetragen und zur Wahlhandlung zugelassen zu werden, ferner auf Unterlassung aller staatlichen Handlungen, welche die Möglichkeit hindern, das vom Gesetz gewollte Maß an Anteilnahme des Einzelnen an der Organbildung zur Geltung zu bringen ¹⁶³⁾.

Diesen Ausführungen läßt sich nicht mehr viel hinzufügen, wenn auch vielleicht im Ausgangspunkt von dem Wähler als Staatsorgan wegen des heute mehr und mehr betonten Charakters der Wahl als eines Plebiszits ¹⁶⁴⁾ eine grundsätzlich andere Stellungnahme möglich erscheint. Für die hier dargelegte Problemstellung ist jedoch allein bedeutsam, daß ein individueller Anspruch des Einzelnen auf Organstellung besteht. Für diesen Zusammenhang darf jedenfalls festgestellt werden, daß subjektive Berechtigungen,

162) G.Jellinek, System, S. 147

163) G.Jellinek, System, S. 161 / ähnlich: G.Jellinek, Staatslehre, S. 421, 422 / Carl Schmitt, S. 254 / Nass, S. 147 / Krüger, S. 250

164) vgl. dazu Leibholz, S. 105, 107

Rechte im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, nicht nur nicht durch das Wesen der Wahl und des Wahlrechts ausgeschlossen, sondern von diesem gerade vorausgesetzt sind. In welchem Maße im einzelnen subjektive Rechte gewährt sind, ist der jeweiligen gesetzlichen Regelung zu entnehmen.

3) Die bisher entwickelten Grundsätze sind im folgenden beispielhaft auf einzelne, für die behandelte Problematik typische Wahlverfahrensakte anzuwenden. Dabei wird zu unterscheiden sein zwischen den das Wahlverfahren regelnden Rechtsnormen, die nur objektives Recht darstellen, und solchen Rechtsnormen, die gleichzeitig eine subjektive Berechtigung des Wählers statuieren. Dementsprechend unterschiedlich gestaltet sich auch ein Rechtsschutz gegenüber diesen Wahlverfahrensakten.

a) Es sollen zunächst die Vorschriften über den eigentlichen Wahlakt, die Wahlhandlung, untersucht und die Frage gestellt werden, ob hier dem Wähler subjektive Berechtigungen, eigene Rechte im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eingeräumt sind. Da es auch auf den Wortlaut der betreffenden Vorschriften ankommt, sind die entscheidenden Stellen hier kurz wiedergegeben:

Wenn der Wähler den Wahlraum betritt, erhält er einen amtlichen Wahlumschlag. Der Wahlvorstand kann anordnen, daß er (der Wähler) hierzu seine Wahlbenachrichtigung vorzeigen soll (§ 52 Abs. 1 BWO).

Er (der Wähler) begibt sich damit in die Wahlzelle, kennzeichnet dort seinen Stimmzettel und legt ihn in den Wahlumschlag. Der Wahlvorstand achtet darauf, daß sich immer nur ein Wähler, und dieser nur solange, wie notwendig, in der Wahlzelle aufhält (§ 52 Abs. 2 BWO) Sobald der Schriftführer den Namen des Wählers im Wählerverzeichnis gefunden hat und die Wahlberechtigung

festgestellt ist, übergibt der Wähler den Wahlumschlag dem Wahlvorsteher, der ihn ungeöffnet in die Wahlurne legt, nachdem der Schriftführer die Stimmabgabe im Wählerverzeichnis vermerkt hat (§ 52 Abs. 4 BWO).

Der Wähler ist berechtigt, den Wahlumschlag selbst in die Wahlurne zu legen, sobald der Wahlvorsteher dies gestattet (§ 52 Abs. 5 BWO).

Hat der Wähler seinen Stimmzettel verschrieben, diesen oder seinen Wahlumschlag versehentlich unbrauchbar gemacht, so ist ihm auf Verlangen ein neuer Stimmzettel und gegebenenfalls ein neuer Wahlumschlag auszuhandigen (§ 52 Abs. 8 BWO).

Die für den Rechtsschutz entscheidende Frage geht hier dahin, ob in diesen Vorschriften, auf Grund deren Wahlverfahrensakte ergehen können, tatsächlich dem Bürger zustehende eigene Rechte formuliert sind. Die Bestimmung des Abs. 5 vermag auf Grund ihres Wortlautes ("ist berechtigt") diesen Anschein zu erwecken. Auch scheint es, als ob gerade Abs. 5 das in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG statuierte Wahlrecht des Bürgers, mündend in der selbstgetätigten Stimmabgabe, erst recht verwirklichte.

Wie bereits dargelegt wurde¹⁶⁵⁾, erbringt der gesetzliche Rechtsmittelausschluß einen Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers für die Bewertung der Norm. Dieser Hinweis ist wegen seiner positiv-rechtlichen Normierung auch nach der objektiven Auslegungsmethode zu berücksichtigen. Der Rechtsmittelausschluß des § 50 BWG ist also zunächst ein wesentliches Indiz dafür, daß der Gesetzgeber hier dem einzelnen Wähler keine eigenen Rechte hat einräumen wollen.

165) vgl. S. 60, 61

Für die angegebenen Bestimmungen könnte dieser Ausschluß allerdings nur dann ein solches Indiz darstellen, wenn er sich auch auf Feststellungsklagen bezöge; denn in diesem Zeitpunkt des Wahlablaufs kommt eine verwaltungsgerichtliche Gestaltungsklage aus der Natur der Sache von vornherein nicht mehr in Betracht; denkbar sind lediglich nachträgliche Feststellungsklagen ¹⁶⁶⁾.

Welche Klagearten § 50 BWG im einzelnen umfaßt, wird nicht einheitlich beantwortet ¹⁶⁷⁾. Es scheint jedoch, als müßte derjenigen Auslegung des § 50 BWG der Vorzug gegeben werden, nach der diese Vorschrift auch auf Feststellungsklagen zu beziehen ist. Die Gegenmeinung, die auf den Wortlaut der Bestimmung ("angefochten") hinweist mit der Folgerung, damit seien nur verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklagen und überhaupt Gestaltungsklagen gemeint ¹⁶⁸⁾, überzeugt nicht; denn der Begriff "angefochten" kann in diesem Zusammenhang nicht juristisch-technisch verstanden werden. Die Bestimmung besagt lediglich, daß die Maßnahmen nur mit den vorgesehenen Rechtsbehelfen angefochten werden dürfen. Diese Rechtsbehelfe sind der Einspruch, die Beschwerde und das Wahlprüfungsverfahren. Die Anführung dieser Rechtsbehelfe beweist, daß hier der Begriff "angefochten" in einem weiteren Sinn verwendet wird; er ist neutral im Sinne von "angegriffen" zu verstehen. Wenn die Vorschrift allerdings besagte, daß die betreffenden Maßnahmen anderweitig nicht angefochten werden dürften, wäre vielleicht eine Bezugnahme auf verwaltungsgerichtliche Anfechtungs- und eventuell auch Gestaltungsklagen wahrscheinlich. Diesen Wortlaut hat

166) Es braucht hier nicht im einzelnen auseinandergesetzt zu werden, welche spezielle Klageart in diesen Fällen gegeben ist; vgl. dazu Schober, DöV 1966, 552: Anfechtungsklage, Feststellungsklage und Klage entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO.

167) vgl. die Nachweise in Fußnote 22)

168) Nass, S. 221

sie jedoch nicht. Aus dem Wortlaut der Vorschrift allein läßt sich damit die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht herleiten. Ein solches Ergebnis entspräche auch nicht dem Sinn der Bestimmung. Es wäre nämlich nicht zu verstehen, daß gerade die wirksamen Gestaltungsklagen im Wahlverfahren ausgeschlossen sein sollten, mit deren Hilfe auch die Ordnungsmäßigkeit des Wahlablaufs kontrolliert werden könnte, demgegenüber jedoch nachträgliche Feststellungsklagen möglich bleiben würden. Einer solchen Auslegung stehen auch die Vorschriften der Bundeswahlordnung entgegen, in denen die Beschwerdeentscheidung als endgültig bezeichnet wird¹⁶⁹⁾. Es wird also davon auszugehen sein, daß § 50 BWG auch Feststellungsklagen ausschließt¹⁷⁰⁾.

So verstanden, kann daher der Rechtsmittel-ausschluß des § 50 BWG auch in den die Wahlhandlung betreffenden Fällen als Indiz dafür verwendet werden, daß der Gesetzgeber dem Wähler keine Rechtspositionen hat einräumen wollen, die sich zu einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 VwGO ausgestalten könnten.

Dieses Indiz allein genügt indessen nicht für die Auslegung der Vorschriften. Als von ebenfalls entscheidender Bedeutung ist die in der Norm zum Ausdruck gelangte Interessenbewertung zu betrachten¹⁷¹⁾.

aa) Was die Regelung in § 52 Abs. 5 BWO betrifft, so erscheint es zweifelhaft, ob hier tatsächlich ein eigenes Recht für den Wähler geregelt ist. Die in dieser Vorschrift zum Ausdruck gelangten kollidierenden Interessen sind zweifacher Art: Auf der einen Seite soll die ordnungs-

169) vgl. S. 5

170) im Ergebnis ebenso Seifert, BWO, zu § 50 Rdnr.10, S. 226; vgl. S. 21 Fußnote 22.

171) vgl. S. 55, 56

gemäße Durchführung der gesamten Wahl gewährleistet werden; auf der anderen Seite soll der einzelne Wähler seine Stimme abgeben können. Es scheint, als ob diese Bestimmung den angedeuteten Interessenkonflikt ausschließlich unter dem erstgenannten Gesichtspunkt bewertet und gelöst hat. Der Wortlaut des Abs. 5 täuscht und ist irreführend. Gerade die Vorschriften über die eigentliche Wahlhandlung beinhalten in weitgehendem Maße reine Verfahrensregelungen. Dieses Stadium der Wahl ist besonders förmlich und bis in die Einzelheiten ausgestaltet. Diese Normen räumen dem Wähler weniger rechtliche als mehr formale Positionen ein. Anders als im status negativus oder status positivus kommt den den status activus ausgestaltenden Normen teilweise ein geringeres Maß an Individualrechtswert zu, da diese überwiegend lediglich formale, rein tatsächliche Positionen gewähren, um den Zweck der Wahl als ein kanalisiertes Verfahren der politischen Willensbildung¹⁷²⁾ zu fördern. So erscheint es denn auch für den Wähler unerheblich, ob er den Wahlumschlag dem Wahlvorsteher abgeben muß und ihn etwa aus einem sachlich nicht zu vertretenden Grunde nicht selbst in die Wahlurne einlegen darf. Niemand wird sich hier in seinen Rechten verletzt fühlen; die Wählerstimme gelangt in beiden Fällen in die Urne.

Geht man also davon aus, daß in Abs. 5 lediglich ein tatsächlicher Reflex zugunsten des Wählers festgelegt ist, so erstarkt dieser auch nicht deshalb zu einem selbständigen Recht, weil im Zweifel wegen der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes eine dahingehende Auslegung erforderlich und damit ein solches Recht anzuerkennen sei¹⁷³⁾. Diese Auslegungsregel, die im wesentlichen und eigentlich auf Positionen im Bereich des status positivus zutrifft,

172) Krüger, S. 202

173) vgl. die Nachweise in Fußnote 39)

kann nicht in der gleichen Weise auf den status activus übertragen werden. Im Unterschied nämlich zu dem status positivus, der in weit stärkerem Maße den sich wandelnden Anschauungen der Sozialgestaltung unterliegt ¹⁷⁴⁾, und der daher aus dem Wertsystem des Grundgesetzes zu bestimmen ist, handelt es sich bei den den status activus ausgestaltenden Normen weitgehend um die Regelung technischer Abläufe und damit um einen vergleichsweise wertneutralen Bereich. Ziel und Zweck dieses Verfahrens ist zunächst nicht die Befriedigung von Einzelinteressen, sondern die Verwirklichung des gemeinsamen Mitwirkungsaktes.

Selbst wenn man einer dahingehenden Bewertung der Vorschrift nicht zustimmt und ihr also nicht schon den individuellen Rechtswert aberkennt, so ist doch im Anschluß an die zum status activus getroffenen Feststellungen ¹⁷⁵⁾ zu betonen, daß hier der Aktivbürger keine individuellen Rechte wahrnimmt, sondern staatliche Befugnisse ausübt ¹⁷⁶⁾.

bb) Ob mit einem Mangel an Individualrechtswert auch bei den Regelungen des § 52 Abs. 1 und 8 BWO argumentiert werden kann, erscheint demgegenüber nicht ein-

174) Kötting, Jell.-Ged., S. 195 (202) /vgl. auch G.Jellinek, System, S. 133

175) S. 65, 66

176) Auch hier soll, wie auf S. 66 angedeutet, nicht entschieden werden, ob der Bürger selbst Staatsorgan ist oder eben nur (unselbständiger) Teil eines einheitlichen Verfassungsorgans, der Aktivbürgerschaft (vgl. dazu BVerfG v. 11.7.61, 2 BvG 2/58, BvE 1/59, DöV 1961, 699 (702) / BVerfG v. 19.7.66, 2 BvF 1/65, DVBl. 1966, 636 (637)). Es wird aber an der Auffassung festgehalten, daß der Aktivbürger in diesem Stadium des Wahlablaufs nicht eigene Befugnisse, sondern staatliche Kompetenzen ausübt.

deutig. Wird dem Wähler etwa die Aushändigung des Stimmzettels verweigert, so ist ihm die Möglichkeit zu wählen genommen. Im Unterschied zu der vorher erörterten Fallgestaltung, bei der es in jedem Fall zur Abgabe des Stimmzettels kommt, wird diese hier ausgeschlossen. Man könnte daher meinen, daß hierbei das aktive Wahlrecht selbst behindert und damit eine Rechtsverletzung für den Wähler gegeben sei. Dem öffentlichen Interesse an der Durchführung der Wahl scheint hier ein bedeutsames Interesse des Einzelnen an der Stimmabgabe gegenüberzustehen.

Doch wie auch immer diese Frage zu entscheiden sein wird, maßgebend ist letztlich, daß auch dieses "Recht" auf Aushändigung des Stimmzettels als staatliche Befugnis zu kennzeichnen ist. Zwar wird dem Wähler mit der Verweigerung des Stimmzettels die Stimmabgabe unmöglich gemacht; man könnte daher in der Tat zunächst dazu neigen, daß damit das aktive Wahlrecht selbst beeinträchtigt wird. Doch ist zu beachten, daß nicht jede Maßnahme, die rein tatsächlich die Teilnahme an der Wahl verhindert, gleichzeitig das aktive Wahlrecht selbst verletzt. Stimmzettel und Wahlumschlag werden gemäß § 52 Abs. 1 und 8 BWO in der Regel ausgehändigt, ohne daß der Wähler seine Wahlbenachrichtigung vorzuweisen hat. Ein Bestreiten der Wahlberechtigung kann daher in der bloßen Nichtaushändigung der Wahlunterlagen noch nicht erblickt werden. Bestritten wird sie in diesen Fällen erst, wenn das hierzu ermächtigte Organ, der Wahlvorstand, gemäß § 52 Abs. 7 BWO entsprechend eingreift. Man wird daher zu dem Ergebnis kommen müssen, daß dieses "Recht" auf Aushändigung der Wahlunterlagen gemäß § 52 Abs. 1 und 8 BWO aus der Organstellung und der staatlichen Funktion des Wählers abgeleitet ist. Die Verweigerung der Wahlunterlagen stellt demnach nur ein Bestreiten der sich aus der Funktion als Wähler ergebenden einzelnen Befugnis dar, nicht aber des aktiven Status selbst. Soweit die Verweigerung eine Folge

der Aberkennung der Wahlberechtigung durch den Wahlvorstand gemäß § 52 Abs. 7 BWO darstellt, hat sie nicht, wie in dem soeben erörterten Fall, eine selbständig zu beurteilende Bedeutung.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die genannten Vorschriften über die Wahlhandlung keine eigenen Rechte des Wählers begründen, sei es, daß es ihnen schon an Individualrechtswert mangelt, sei es, daß dem Wähler als Träger staatlicher Kompetenzen keine persönlichen Rechte zugeordnet werden können.

b) Ganz anders ist bei der Nichteintragung in das Wählerverzeichnis zu argumentieren. Gemäß § 15 Abs. 1 BWG kann nur wählen, wer in das Wählerverzeichnis eingetragen ist ¹⁷⁷⁾.

Die Eintragung in das Wählerverzeichnis hat in aller Regel zur Folge, daß der Eingetragene auch vom Wahlvorstand zur Stimmabgabe zugelassen wird. Teilt man die Ansicht, daß der Wahlvorstand das Wahlrecht des Eingetragenen bei begründetem Anlaß auch materiell prüfen kann ¹⁷⁸⁾, da die Eintragung in das Wählerverzeichnis mangels konstitutiver Wirkung nicht unbedingt bindend ist ¹⁷⁹⁾, so ist doch zu berücksichtigen, daß sich der Wahlvorstand regelmäßig hinsichtlich der von der Gemeindebehörde geprüften Voraussetzungen für die Eintragung des Wählers auf die Richtigkeit einer solchen Eintragung verlassen muß; denn der Wahlvorstand hat die entsprechenden Unterlagen zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht bei der Hand. Eine Nichtzulassung zur Stimmabgabe wird daher nur mit solchen Umständen begründet

177) oder einen Wahlschein hat, für dessen Erteilung jedoch, abgesehen von Ausnahmefällen, gleichfalls die Eintragung in das Wählerverzeichnis vorausgesetzt ist; vgl. § 22 Abs. 1 und 2 BWO.

178) vgl. § 52 Abs. 7 BWO

179) Seifert, DöV 1953, 365 (367 und Fußnote 7)

werden können, die erst nach der Eintragung ihre Wirksamkeit entfaltet haben, so z.B. der dem Wahlvorstand zur Kenntnis gelangte Ausspruch einer Entmündigung nach Eintragung in das Wählerverzeichnis. Nicht vertretbar ist daher die Behauptung, daß ein Beanstandungsrecht des Wahlvorstandes dann entfalle, wenn die Eintragung in dem vorgesehenen Beschwerdeverfahren bestätigt worden sei ¹⁸⁰⁾; denn die eigentliche Funktion dieses Beanstandungsrechts liegt nicht etwa in einer nochmaligen Nachprüfung der von der Gemeindebehörde festgestellten Eintragungsvoraussetzungen - diese ist in der Regel gar nicht möglich -, sondern eben gerade in der Einbeziehung der nach der Eintragung bzw. nach dem Abschluß des Beschwerdeverfahrens eingetretenen und daher noch nicht mitberücksichtigten Umstände.

Demgegenüber hat die Nichteintragung in das Wählerverzeichnis eindeutige Folgen. Wie sich aus § 52 Abs. 4 und 7 BWO ergibt, wird ein nicht in das Wählerverzeichnis eingetragener Wähler zur Stimmabgabe nicht zugelassen, selbst wenn der Wähler nachweisbar wahlberechtigt ist ¹⁸¹⁾.

Daraus ist zu ersehen, welche ganz wesentliche Bedeutung die Entscheidung der Gemeindebehörde für die Teilnahme an der Wahl besitzt. Wer nicht eingetragen ist und diese Entscheidung der Gemeindebehörde nicht abändern kann, wird nicht zur Wahl zugelassen. Entscheidende Voraussetzungen für die Teilnahme an der Wahl ist also die Eintragung in das Wählerverzeichnis. Die für die Führung des Wählerverzeichnisses zuständige Gemeindebehörde (§ 13 BWO) prüft daher in jedem einzelnen Fall die für die Wahlberechtigung festgeleg-

180) Seifert, BWG, zu § 35 Rdnr. 6, S. 182

181) Nass, S. 105

ten Voraussetzungen (§§ 12 ff. BWG, §§ 15 f. BWO). Daraufhin trägt sie den Wahlberechtigten entweder ein und benachrichtigt ihn (§ 17 BWO), oder sie unterläßt Eintragung und Benachrichtigung. Nach den den status activus erläuternden Bemerkungen ¹⁸²⁾ bedeutet somit die objektiv fehlerhafte Nichteintragung eine Verletzung des tatsächlich Wahlberechtigten in seinem Recht auf Anerkennung der Wahlberechtigung, in seinem Anspruch auf Organstellung als Träger des aktiven Status.

Die in § 50 BWG normierte Klaglosstellung kann für diese Fälle nicht als Indiz herangezogen werden, um dem Wähler etwa eigene Rechte abzusprechen. Hier besteht nämlich ein Recht des Wählers schon aus dem Begriff des status activus. Dieser status activus und die auf ihn gegründeten Rechte lassen sich auch durch eine gesetzliche Klaglosstellung nicht in Zweifel ziehen.

c) Besondere Schwierigkeiten bereitet die Untersuchung der Vorschrift, die die Entscheidungen des Wahlvorstandes über die Zulassung zum Wahlakt bzw. die Annahme von Stimmzetteln zum Gegenstand hat. Die betreffende Bestimmung lautet:

Glaubt der Wahlvorsteher, das Wahlrecht einer im Wählerverzeichnis eingetragenen Person beanstanden zu müssen, oder werden sonst aus der Mitte des Wahlvorstandes Bedenken gegen die Zulassung eines Wählers zur Stimmabgabe erhoben, so beschließt der Wahlvorstand über die Zulassung oder Zurückweisung. Der Beschluß ist in der Wahlniederschrift zu vermerken (§ 52 Abs. 7 BWO).

aa) Es wäre zur Herstellung eines geschlossenen Rechtsschutzsystems vorteilhaft, wenn sich hier

¹⁸²⁾ vgl. S. 65, 66

ebenso wie bei der Untersuchung der Vorschriften über die eigentliche Wahlhandlung ¹⁸³⁾ argumentieren ließe. Gelangte man zu dem Ergebnis, daß auch die Nichtzulassung zur Stimmabgabe den eigenen Rechtskreis des Wählers nicht berühre, etwa weil er hier ebenfalls staatliche Kompetenzen wahrnehme, so tauchte die Frage einer (hier allein möglichen, nachträglichen) Feststellungsklage überhaupt nicht auf. Vor dem Wahlakt wäre für die Eintragung in das Wählerverzeichnis u.U. die Verpflichtungsklage gegeben. Alle weiteren (hier besprochenen) Wahlverfahrensakte könnten keine subjektiven Rechtsbeeinträchtigungen zur Folge haben, sodaß ihre Nachprüfung einem lediglich objektive Gesichtspunkte berücksichtigenden Verfahren, dem Wahlprüfungsverfahren, vorbehalten bleiben könnte.

Für eine solche Meinung ließe sich anführen, daß die grundsätzliche Zulassung zur Beteiligung an der Wahl mit Hilfe von Wahlscheinen und deren ständig großzügiger gehandhabte Erteilung ¹⁸⁴⁾ deutlich mache, daß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG nicht ausschließlich die in § 52 BWO geregelte Form der Stimmabgabe garantiere. In diesem Zusammenhang wäre auch zu berücksichtigen, daß durch eine rechtswidrige Nichtzulassung zur Stimmabgabe die Effektivität der Wählerstimme nicht verloren geht, sondern im Wahlprüfungsverfahren noch Berücksichtigung findet, und zwar bei möglicher Erheblichkeit durch Ungültigerklärung und Neuansetzung der Wahl ¹⁸⁵⁾. Man könnte weiter darauf hinweisen, daß die bis in Einzelheiten ausgeformten Vorschriften über die Wahlhandlung den einzigen Zweck verfolgten, eine ordnungsgemäße Gesamtwahl zu gewährleisten, demgegenüber das Interesse des Einzelnen zurückzutreten habe. Auch die Folgen der Außerachtlassung dieser

183) vgl. S. 67 ff.

184) RdErl. des InnenMin. v. 20.4.65, Ziff. 6 zum Wahlerlaß des Bundestages, Beilage zu Rietdorf-Gensior-Grimm

185) vgl. S. 6 ff.

Vorschriften vermögen eine solche Ansicht nur zu unterstreichen; bei einer nicht kontrollierbaren Zahl von wegen Verstoßes gegen diese Bestimmungen ungültigen Stimmen muß in aller Regel eine Wiederholungswahl angesetzt werden; bei einer wenn auch rechtswidrigen Zurückweisung einzelner Wähler ist eine Aufrechterhaltung der Wahl in aller Regel möglich¹⁸⁶⁾, weshalb ja auch der Beschluß über die Zulassung oder die Zurückweisung zum Zwecke späterer Überprüfung in der Wahl Niederschrift zu vermerken ist.

bb) Leider jedoch können diese Argumente die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß es sich bei der Stimmabgabe im Wahlraum um den wesentlichsten Abschnitt des aktiven Wahlrechts handelt und die Nichtzulassung zur Stimmabgabe den einschneidendsten Eingriff in den status activus darstellt¹⁸⁷⁾. Für wie bedeutsam die einzelne Stimmabgabe angesehen wird, zeigt sich schon daran, daß bei möglicher Erheblichkeit die gesamte (Teil-) Wahl erneut angesetzt werden muß. Dieser Bedeutung entspricht es nicht, daß die zurückgewiesenen Wählerstimmen nur - und zudem nur potentiell - im Wahlprüfungsverfahren berücksichtigt werden. Die mögliche Berücksichtigung der Wählerstimme in diesem Verfahren kann daher mit einer ordnungsgemäßen Stimmabgabe nicht gleichgesetzt werden.

Als entscheidender und schon allein ausschlaggebender Gesichtspunkt muß jedoch gelten, daß hier der individuelle Anspruch des Wählers auf Organstellung bestritten wird. Wenn der Wahlvorstand den Wähler wegen angeblich fehlender Wahlberechtigung zurückweist, so entscheidet er nicht über etwaige staatliche Befugnisse des Wählers bei der Wahl-

186) dazu Schiller, S. 97 ff.

187) Seifert, DöV 1953, 365 (367)

handlung, sondern stellt gerade dessen Status selbst in Frage. Der Wahlvorstand prüft insofern keine anderen Voraussetzungen als die Gemeindebehörde für die Eintragung in das Wählerverzeichnis. Das aber berührt den Anspruch des Wählers auf Anerkennung seiner Eigenschaft als Wähler, als Träger des aktiven Status, und dieser Anspruch bezieht sich auch und insbesondere darauf, zur Wahlhandlung zugelassen zu werden (188).

Das Indiz des § 50 BWG vermag ebenfalls keine andere Bewertung zu rechtfertigen. Zwar wäre zur Überprüfung der erörterten Wahlverfahrensakten in diesem Zeitpunkt des Wahlablaufs nur eine nachträgliche Feststellungsklage möglich; da sich jedoch § 50 BWG auch auf Feststellungsklagen bezieht¹⁸⁹⁾, spricht allein von dieser Vorschrift her gesehen eine Vermutung dafür, der Gesetzgeber habe mit dem Ausschluß des Rechtsweges deutlich machen wollen, daß dem Wähler gegenüber dem Wahlvorstand keine eigenen Rechte eingeräumt seien. Dem Indiz dieser Bestimmung kann jedoch für diese Wahlverfahrensakten keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden; denn der mit dem status activus begründete persönliche, individuelle Anspruch des Wählers läßt sich auch nicht mit der Vermutung des § 50 BWG in Zweifel ziehen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß der Wahlberechtigte einen Anspruch auf Eintragung in das Wählerverzeichnis und auf Zulassung zur Stimmabgabe hat. Rechtswidrige Entscheidungen über diese Ansprüche stellen daher eine Verletzung von eigenen Rechten des Wählers im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar.

188) vgl. S. 66

189) vgl. S. 69, 70

V) Zur Bestimmung des letzten Merkmals des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bedarf es der Auffindung der immanenten sachlichen Gewährleistungsschranke des Begriffs "öffentliche Gewalt". Die Auslegung dieses Begriffs wird dabei die für die gestellte Aufgabe maßgeblichen Gesichtspunkte besonders berücksichtigen.

1) Keine Zweifel bestehen mehr darüber, daß der Begriff "öffentliche Gewalt" alle Verwaltungstätigkeit umfaßt ¹⁹⁰⁾. Äußerst bestritten ist jedoch, ob hierunter auch Verfassungstätigkeit zu verstehen ist. So wird teilweise die Auffassung vertreten, öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG umfasse nicht auch Verfassungstätigkeit. Wenn eine gerichtliche Nachprüfung von Verfassungstätigkeit mangels Enumeration nicht den hierfür ausschließlich zuständigen Verfassungsgerichten vorbehalten sei, so seien weder die allgemeinen Verwaltungsgerichte, noch mit der Hilfszuständigkeit des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG die ordentlichen Gerichte befugt, in die Ausübung verfassungsmäßiger Befugnisse und damit in das Verfassungsgefüge selbst einzugreifen ¹⁹¹⁾. Nach anderer Auffassung umfaßt der Begriff "öffentliche Gewalt" auch Verfassungstätigkeit. Wenn die Zuständigkeit der Verfassungsgerichte nicht enumeriert und die der allgemeinen Verwaltungsgerichte wegen des verfassungsrechtlichen Charakters der Streitigkeit nicht gegeben sei ¹⁹²⁾, so greife hier die Hilfszuständigkeit des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ein. Sogenannte justizlose Hoheitsakte, die im wesentlichen auf rein verfassungsrechtlichen Befugnissen beruhten, seien nicht etwa wegen ihres rechtlichen Charakters injustiziabel, wenn die weiteren Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, also eine Verletzung in eigenen Rechten,

190) v. Mangoldt-Klein, Bd. 1, zu Art. 19 Anm. VII 2/ Maunz-Dürig, zu Art. 19 Rdnr. 19

191) BVerwG v. 8.3.62, VIII C 185/60, NJW 1962, 1410 (1411) mit einer Zusammenstellung der Literatur.

192) vgl. § 40 VwGO: "nichtverfassungsrechtlicher Art".

vorlägen 193).

2) Gegen die Anwendung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ("öffentliche Gewalt") auch auf das hier interessierende Rechtsgebiet, das Wahlrecht, könnten also jedenfalls dann keine Bedenken auftreten, wenn es sich bei den Wahlverfahrensakte um Verwaltungstätigkeit handelte.

a) Für die rechtliche Charakterisierung der Wahlverfahrensakte lassen sich im einzelnen drei wesentliche Meinungen unterscheiden.

aa) Auf der einen Seite wird der rechtliche Charakter der Wahlverfahrensakte als verfassungsrechtliche Hilfstätigkeit gekennzeichnet. Dieser Annahme liegt die Überlegung zugrunde, daß durch die Wahl ein Verfassungsorgan geschaffen, somit die verfassungsmäßige Organisation des Staates erst richtig verwirklicht wird, und dementsprechend die Wahlverfahrensakte die Wahl und damit mittelbar die Ergänzung des verfassungsmäßigen Bestandes des Staates ermöglichen¹⁹⁴⁾.

Hiermit in enger Verbindung steht die Theorie vom Kollektivakt. Danach sei die Wahl von den ersten Vorbereitungsmaßnahmen bis zur Feststellung des Wahlergebnisses ein einziger kollektiver Akt der Wählerschaft und der Wahlorgane¹⁹⁵⁾.

bb) Auf der anderen Seite werden die Wahlverfahrensakte als Verwaltungstätigkeit und damit als der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterfallend qualifiziert. Die Tätigkeit der Wahlorgane bei der Durchführung der Wahl-

193) statt vieler: Bettermann, GR, S. 779 (788, 789 m.w.N und 823)

194) vgl. die Nachweise in Fußnote 17)

195) vgl. die Nachweise in Fußnote 17)

gesetze sei mit der Durchführung aller anderen Gesetze gleichzusetzen 196).

cc) Eine Verbindung dieser verschiedenen grundsätzlichen Ausgangspunkte stellt schließlich die Theorie von der Ambivalenz der Wahlverfahrensakte dar. Danach seien die Akte der Wahlorgane teils dem Verfassungsrecht, teils dem Verwaltungsrecht zugehörig. Ambivalent seien auch die Normen der Wahlgesetze, auf denen die Wahlverfahrensakte beruhten. In ihrer Bezogenheit auf die Kreation des Parlaments seien diese Normen materielles Verfassungsrecht; soweit sie die Grundlage für Einzeleingriffe in individuelle Rechte lieferten, stünden sie außerhalb des materiellen Verfassungsbegriffes. Diese Ambivalenz wohne jedem einzelnen Akt im Wahlverfahren inne. Deshalb nähmen die Wahlorgane immer zugleich auch administrative, die Gemeindebehörden immer zugleich auch verfassungsrechtliche Funktionen wahr¹⁹⁷⁾.

b) Die Theorie von der verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Ambivalenz jedes Wahlverfahrensaktes läßt sich aus zwei Gründen nicht aufrechterhalten. Die Bedenken richten sich im wesentlichen gegen das Ergebnis dieser Theorie und betreffen zum anderen eine methodische Frage.

Die Anhänger der Ambivalenztheorie kommen im einzelnen zu folgendem Ergebnis: Verwaltungsgerichtliche Gestaltungsklagen seien unzulässig, da sie den Ablauf des Wahlverfahrens gerichtlich beeinflussen und daher notwendig in den Raum der Verfassung übergriffen.

196) Braunias, Bd. 2, S. 153 / Hatschek, S. 354 / Carl Schmitt, S. 138 / Rietdorf, DöV 1953, 487 (491) / Rietdorf, LWG, zu § 17 Anm. 4, S. 34 (Wahlverwaltungsakte) / Seifert, DöV 1953, 145 (148, Fußnote 2)

197) Nass, S. 154, 177, 178

Gleichwohl sei eine Feststellungsklage zulässig, da ein Feststellungsurteil keinen Wahlverfahrensakt aufhebe und daher auf das Wahlverfahren als ganzes keinen Einfluß nehme (198).

Diese von dem Grundsatz der gleichzeitigen Ambivalenz eines jeden Wahlverfahrensaktes ausgehende Beweisführung ist nicht schlüssig. Folgerichtigerweise müßten nämlich für die Vertreter dieser Ansicht auch Feststellungsklagen ausgeschlossen sein, da die Verwaltungsgerichte wegen der verfassungsrechtlichen Komponente des Wahlverfahrensaktes zu dessen Überprüfung schon wegen § 40 VwGO (nicht-verfassungsrechtlicher Art) gar nicht zuständig wären. Hat nämlich der Wahlverfahrensakt diese verfassungsrechtliche Komponente, dann hat es auch das zu prüfende Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 VwGO, innerhalb dessen der Wahlverfahrensakt ergeht und durch den es konkretisiert wird. Denkt man daher den Ausgangspunkt dieser Theorie folgerichtig zu Ende, so sind auch Feststellungsklagen ausgeschlossen. Damit ist aber nur das erreicht, was sich schon aus einer allein verfassungsrechtlichen Qualifizierung hätte ergeben können. Einer neuen Theorie bedurfte es dazu also nicht.

Zum anderen begegnet diese Theorie auch methodischen Bedenken. Bei der Frage, ob ein Rechtsinstitut dem Verwaltungsrecht oder dem Verfassungsrecht zugehört, kann bei Abgrenzungsschwierigkeiten nicht einfach eine Doppelqualifikation angenommen werden. Eine Zuteilung zu einem dieser Bereiche hat nämlich jeweils bestimmte, den Bereich kennzeichnende Folgen. Es mag sein, daß sich ein Rechtsinstitut nicht zwanglos und eindeutig in einen dieser Bereiche eingliedern läßt. In diesen Fällen muß die Zuteilung entweder nach dem Schwergewicht des rechtlichen Gesamtcharakters vorgenommen werden, oder aber man gliedert das

Rechtsinstitut nicht ein, sondern versucht (etwa im Wege der Analogie), bestimmte Forderungen desjenigen Rechtsbereichs anzuwenden, dem das Institut am nächsten steht. Die Folgen einer Doppelqualifikation liegen auf der Hand: Gäbe es für die Verfassungsgerichte wie für die Verwaltungsgerichte eine Generalklausel, so könnte keiner der beiden Gerichtszweige über derart doppeltqualifizierte Wahlverfahrensakte entscheiden. Das Verwaltungsgericht müßte wegen der verfassungsrechtlichen Komponente, das Verfassungsgericht wegen der verwaltungsrechtlichen Komponente abweisen. Die einzige Folge wäre also, daß trotz offenbar umfassender gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeit überhaupt kein Gericht zuständig wäre 199) 200).

199) wenn nicht mit bindender Rechtswegverweisung (vgl. z.B. § 41 VwGO) geholfen würde;

200) vgl. dazu ausführlich Larenz: Ein Mittel der Rechtswissenschaft ist abstraktes Denken. Diesem wohnt die Tendenz inne zur Trennung und Isolierung der Begriffe sowie zur Ausbildung kontradiktorischer Gegensätze. Damit wird eine weitgehend zweifelsfreie Subsumtion ermöglicht, eine schärfere Grenzziehung und Vollständigkeit des Systems. Dies ist am ehesten gewährleistet, wenn es wenigstens auf der höchsten Stufe der Abstraktion jeweils nur einentweder - oder, das heißt, nur zwei einander ausschließende Subsumtionsmöglichkeiten gibt; eine dritte wäre denk unmöglich. Das System der abstrakten Begriffe ist daher so aufgebaut, daß möglichst auf der höchsten Stufe der Begriffspyramide jeweils nur zwei Begriffe gebildet werden. Eine Rechtsbeziehung kann hiernach etwa nur entweder privatrechtlich oder öffentlichrechtlich sein (S. 331). Mit einem solchen System gerät man aber überall dort in Verlegenheit, wo das eine in das andere hinübergreift, wo Übergänge und Zwischenformen vorliegen (S. 332). Wo daher der abstrakt-allgemeine Begriff und das logische System der Begriffe für sich allein nicht ausreichen, um der Fülle des Seins gerecht zu werden, bietet sich die Denkform des Typus an (S. 333). Die Hauptbedeutung des Typus liegt in seiner Funktion als Mittel zur Erfassung und Darstellung von Rechtsverhältnissen (S. 338). Der Typus ist inhaltsreicher als der ihm zugeordnete abstrakte Begriff. Daher können etwa dem Begriff auch noch solche Gestaltungen subsumiert werden, die von dem Typus schon mehr oder weniger abweichen (S. 340).
vgl. weiter S. 85.

Richtig dagegen erscheint die Annahme, daß die Wahlverfahrensakte nicht generell als entweder dem Verfassungsrecht oder dem Verwaltungsrecht unterfallend angesehen werden können ²⁰¹⁾. Dazu sind die zahlreichen Wahlverfahrensakte der Wahlorgane und Gemeindebehörden zu verschiedenartig. So ist gegen die allgemeine Qualifizierung der Wahlverfahrensakte als verfassungsrechtliche Hilfstätigkeit mit Recht einzuwenden ²⁰²⁾, daß diese Zuordnung insofern nur unvollkommen ist, als sie nur auf die den Wahlverfahrensakten letztlich gemeinsame Funktion, die Kreation des Parlaments, nicht aber auf ihren Inhalt im Einzelfall abstellt. Auch der Theorie vom Kollektivakt der Wahl läßt sich entgegenen, daß sie zu einseitig nur die verfassungsrechtlich-organisatorische Komponente betont.

Eine eingehende Auseinandersetzung dieser beiden Ansichten erübrigt sich hier, da diese in dem eben dargestellten Sinne bereits überzeugend widerlegt wurden. Das gilt umso mehr, als diese Ausgangspunkte in der den Rechtsschutz im Wahlverfahren behandelnden Literatur gewissermaßen nur als Hilfsargumente angeführt werden und wegen deren geringer Überzeugungskraft der Schwerpunkt der Argumentation auf die Frage des Rechtsschutzinteresses verlagert wird. Daher liegt es auch nicht im Zweck des gestellten

noch

200) Für die Zugehörigkeit zu einem Typus entscheidet nicht das Vorhandensein oder Fehlen eines einzelnen Zuges, sondern das Gesamtbild (S. 343). So kann etwa im Zivilrecht die von einer Person übernommene Leistung in solchem Maße der typischen Leistung eines Verkäufers entsprechen, daß hinsichtlich dieser Leistung trotz fehlender Subsumierbarkeit unter den gesetzlichen Begriff die typologische Zuordnung zum Vertragstypus "Kauf" gerechtfertigt ist. Die typologische Zuordnung rechtfertigt ihrerseits die analoge Anwendung der Kaufvorschriften (S. 347).

201) Nass, S. 156, 167

202) Nass, S. 158 ff., 167 ff.

Themas, nach einer generellen Qualifizierung der Wahlverfahrensakte zu suchen oder auch nur bestimmte Gruppen von ihnen herauszuarbeiten.

c) Nach dem Vorhergehenden kommt es deshalb allein auf die rechtliche Einordnung der beiden für den Rechtsschutz des Wählers maßgeblichen Wahlverfahrensakte an, nämlich der Eintragung bzw. Nichteintragung in das Wählerverzeichnis und der Nichtzulassung zur Stimmabgabe. Für sie muß also geklärt werden, ob sie ihrer rechtlichen Natur nach dem Verfassungsrecht oder dem Verwaltungsrecht angehören, Meinungsverschiedenheiten über sie also verfassungsrechtliche oder nichtverfassungsrechtliche Streitigkeiten im Sinne des § 40 VwGO darstellen.

aa) Der Begriff der (nicht-) verfassungsrechtlichen Streitigkeit wird nicht einheitlich verstanden.

(1) Vereinzelt wird er in einem formellen Sinne gedeutet. Es sollen nur solche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten dem Verwaltungsgerichtsweg verschlossen bleiben, die durch das Grundgesetz, die Landesverfassungen und bestimmte verfassungsrechtliche Sondergesetze, z.B. das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, den Verfassungsgerichten zugewiesen worden seien. Würde man sie nämlich im Gegensatz hierzu im materiellen Sinne verstehen, so wären manche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten injustiziabel. Das aber könne nicht im Sinne des Gesetzgebers der Verwaltungsgerichtsordnung gelegen haben ²⁰³⁾.

(2) Ganz überwiegend wird demgegenüber der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit

203) Schunck-De Clerck, zu § 40 Anm. 2 a, aa, S. 133

in einem materiellen Sinne verstanden, ohne daß bisher eine ausreichende systematische Klärung erzielt wäre. Nach dem derzeitigen Meinungsstand werden zwei Merkmale als entscheidend herausgestellt:

Einmal sei es einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit wesentlich, daß es um die Auslegung einer Bestimmung oder eines Grundsatzes der Verfassung gehe. Sie betreffe also Fragen politischer, das Staatsganze als solches berührender Art ²⁰⁴⁾. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit sei stets gegeben, wenn für sie ausdrücklich eine verfassungsrechtliche Zuständigkeit begründet sei, zum anderen aber auch dann, wenn sich durch Auslegung des Grundgesetzes oder des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes ergebe, daß für sie die Regelungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit erschöpfend und abschließend sein sollten ²⁰⁵⁾. Im übrigen entstehe eine derartige Streitigkeit nicht immer schon dann, wenn Meinungsverschiedenheiten über den Sachverhalt bestünden, auf den eine in ihrer Bedeutung unstreitige Norm angewendet werden solle; erforderlich sei vielmehr, daß sich die Beteiligten über die Bedeutung und die Tragweite einer Verfassungsnorm nicht einig seien, die sie auf einen regelmäßig außer Streit stehenden Sachverhalt anwenden wollten ²⁰⁶⁾.

Die Frage, was in diesem Zusammenhang unter Verfassungsrecht zu verstehen sei, wird teilweise dahin beantwortet, daß alles das, aber auch nur das, was in der Verfassungsurkunde stehe, Verfassungsrang habe ²⁰⁷⁾. Überwiegend wird der Begriff jedoch weiter gefaßt und z.B. aus-

204) Eyermann-Fröhler, zu § 40 Rdnr. 63

205) Maunz-Siglöch-Schmidt Bleibtreu-Klein, Vbm. I Rdnr. 4, S. 3

206) Geiger, zu § 13 Anm. 4, S. 41

207) Wolff, Bd. 1, § 26 III b, S. 116

geführt 208): Als materielle Verfassung enthalte das Grundgesetz die obersten Bestimmungen über die Ausübung der Staatsgewalt, die zusammen mit den weiteren auf die Ausübung der Staatsgewalt bezüglichen Normen die sachliche Teilrechtsordnung des materiellen Staatsrechts bildeten. Nur diese obersten Bestimmungen über die Ausübung der Staatsgewalt und die obersten Sätze der als solche nicht auf die Ausübung der Staatsgewalt bezogenen Teilrechtsordnungen bildeten das materielle Verfassungsrecht. Für die Bereiche aller Rechtsmaterien mit Verfassungsrang, besonders aber für die Bereiche der obersten Sätze der nicht auf die Ausübung der Staatsgewalt bezogenen sachlichen Teilrechtsordnungen, seien die Grenzen zwischen Bestimmungen mit Verfassungsrang und Bestimmungen mit bloßem Gesetzesrang nicht mit Sicherheit zu ziehen. Jedenfalls aber gehörten zu den Bestimmungen mit materiellem Verfassungsrang in diesen Bereichen alle diejenigen Rechtssätze, welche die Grundsätze und Grundlagen der betreffenden Teilrechtsordnungen festlegten, ohne deren Bestehen die einzelnen Teilrechtsordnungen gar nicht als auf gemeinsame Obersätze bezogene, in sich geschlossene Ordnungssysteme angesehen werden könnten; dazu gehörten die Rechtssätze, welche die Zuordnung der obersten Kompetenzen und gegebenenfalls die Einrichtung besonderer oberster Organe für den Bereich jener Teilrechtsordnungen enthielten; nicht dagegen auch diejenigen Rechtssätze, die diese Grundsätze und Grundlagen im einzelnen ausführten, konkretisierten und spezialisierten 209).

208) so vor allem v.Mangoldt-Klein, Bd. 1, Überschrift III, Ziff. 3, S. 25, 26

209) ähnlich materiell orientiert, wenn auch ohne systematische Begriffsbestimmung: Geiger, zu § 13 Anm. 4, S. 41/ Eyermann-Fröhler, zu § 40 Rdnr. 63/ Klinger, zu § 40 B I 2, S. 121, 122 / Redeker-v.Oertzen, zu § 40 Rdnr. 3/ Forsthoff, S. 11, 12 / allgemein: Carl Schmitt, S. 20 ff., 27 / Krüger, S. 697

Zum anderen sei es einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit wesentlich, daß sich die verfassungsrechtlichen Fragen aus einem Verfassungsrechtsverhältnis entwickeln, das heißt, einem Rechtsverhältnis zwischen "Stellen" (Bund, Gliedstaat, Organ, Organteil), die durch die Verfassung mit Rechten und Pflichten ausgestattet seien und auf Grund derer sie sich an der Staatswillensbildung beteiligten. Verfassungsstreitigkeit sei Streit zwischen verfassungsrechtlich qualifizierten Rechtsträgern ²¹⁰⁾. Verfassungsstreitigkeiten im eigentlichen Sinne - und nur diese seien von § 40 VwGO ausgenommen - entstünden daher nicht zwischen Einzelpersonen und Behörden, sondern zwischen obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans, Als solcher mit eigenen Rechten ausgestatteter Teil eines obersten Staatsorgans, z.B. der Aktivbürgerschaft, könne in einem weit verstandenen Sinne zwar auch der Einzelne erscheinen ²¹¹⁾. Soweit der Einzelne aber nicht am Verfassungsleben teilnehme, gehörten seine öffentlich-rechtlichen Beziehungen zum Staat dem Verwaltungsrecht an ²¹²⁾.

bb) Keine der angeführten Ansichten vermag einen Streit über die Nichteintragung in das Wählerverzeichnis oder die Nichtzulassung zur Stimmabgabe der Anwendung des § 40 VwGO zu entziehen.

(1) Mit einem im formellen Sinne verstandenen Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit

210) Geiger, zu § 13 Anm. 4, S. 41

211) Eyermann-Fröhler, zu § 40 Rdnr. 63

212) Ule, Brauchitsch, zu § 40 Anm. III, S. 92 / Ule, S. 27 / Redeker-v.Oertzen, zu § 40 Rdnr. 3/ Klinger, zu § 40 B I 2, S. 121 / Wolff, Bd. 3, § 170 II c 1, S. 368 / v. Kupsch, S. 84, 85 / Maurer, JZ 1963, 27 (29)

unterliegen die hier besprochenen Wahlverfahrensakte mangels Enumeration zugunsten der Verfassungsgerichte ohnehin der Überprüfung durch die allgemeinen Verwaltungsgerichte. Die unter anderem auch dem einzelnen Wahlberechtigten in § 48 BVerfGG eingeräumte Möglichkeit, nach Verwerfung seines Einspruchs durch den Bundestag nunmehr Beschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht zu führen, ändert an dieser Beurteilung nichts; denn diese Beschwerde dient nicht dem Schutz des subjektiven Rechts. Die Abgrenzung der verfassungsrechtlichen von den nichtverfassungsrechtlichen Streitigkeiten mit Hilfe dieses formellen Kriteriums soll jedoch gerade dem Bürger einen möglichst umfassenden Rechtsschutz eröffnen. Eine bestimmte Zuständigkeit der Verfassungsgerichte zu einer beschränkten Überprüfung des Hoheitsaktes kann daher bei der Anwendung dieser Methode nicht dazu führen, daß der nicht mitgeprüfte Teil des Aktes nunmehr auch den Verwaltungsgerichten verschlossen bleibt.

(2) Zu demselben Ergebnis gelangt man aber auch mit einem materiell verstandenen Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit.

An den Meinungsverschiedenheiten bei der Nichteintragung in das Wählerverzeichnis sind zunächst nicht verfassungsrechtlich qualifizierte Rechtsträger beteiligt. Der Aktivbürger ist hier nicht Staatsorgan oder wenigstens Teil des Staatsorgans Aktivbürgerschaft, sondern er steht zu der Gemeindebehörde in einem Subordinationsverhältnis²¹³⁾. Auch läßt sich die Gemeindebehörde selbst nicht als Verfassungsorgan begreifen. Ihre Tätigkeit ist typische Verwaltungstätigkeit, wie etwa die Zusammenstellung der Unterlagen, die für die Eintragung in das Wählerverzeichnis Bedeutung haben²¹⁴⁾. Wenn hierzu gesagt wird, auch diese

213) S. 65, 66

214) vgl. § 13 BWO

Tätigkeit ziele letztlich darauf hin, die Kreation des Parlaments zu verwirklichen ²¹⁵⁾, kann dem keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden; denn so gesehen, scheint fast jeder behördliche Akt letztthin einen "Verfassungsauftrag", einen vom Grundgesetzgeber vorgegebenen Verfassungszustand zu verwirklichen. Andernfalls ließe sich schwerlich eine Grenze finden; man könnte dann nämlich z.B. auch die Frage stellen, ob den Eintragungen in das Melderegister als Voraussetzung für die Festlegung der Wahlberechtigung ²¹⁶⁾ verfassungsrechtlicher Charakter beizulegen wäre. Da die Gemeindebehörden zudem, wie überzeugend nachgewiesen wurde, diese Aufgaben in eigener Zuständigkeit erledigen, und es sich hierbei nicht etwa um eine "administrative Hilfszuständigkeit und beschränkte Assistenz zugunsten der als Beschwerdeinstanz fungierenden Wahlorgane" handelt ²¹⁷⁾, sind sie wie auch sonst als Verwaltungsbehörden zu qualifizieren.

Allerdings könnte man die in Ausführung des Art. 38 Abs. 2 und 3 GG ergangenen Vorschriften über die Voraussetzungen der Wahlberechtigung als dem materiellen Verfassungsrecht zugehörig ansehen ²¹⁸⁾. In diesem Sinne mögen vielleicht die die Wahlberechtigung im einzelnen festlegenden Vorschriften als Rechtssätze zu betrachten sein, die die Grundsätze und Grundlagen dieser Teilrechtsordnungen oder auch die Zuweisung der obersten Kompetenzen enthalten. Selbst wenn man das, so zweifelhaft es auch erscheint, als zutreffend unterstellte, bleibt doch als ganz wesentlich zu beachten, daß bei einer Nichteintragung in das

215) Nass, S. 177, 178

216) vgl. § 15 BWO

217) Nass, S. 144

218) so ganz generell: Forsthoff, S. 12 Fußnote 1 / wohl auch Küchenhoff, S. 62 / vgl. auch BVerfG v. 19.7.66, 2 BvF 1/65, DVBl. 1966, 636 (641)

Wählerverzeichnis ebenso wie bei der Nichtzulassung zur Stimmabgabe in aller Regel keine Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung und Tragweite dieser so als Verfassungsnorm verstandenen Vorschrift besteht, sondern entweder - das sind die Regelfälle - über den Sachverhalt gestritten oder trotz Klarheit des Sachverhalts bei "Böswilligkeit" der Behörde die Verpflichtung zur Vollziehung einer als solcher nicht bestrittenen Vorschrift erstrebt wird.

Ähnlich, wie der Gemeindebehörde bei der Eintragung bzw. Nichteintragung in das Wählerverzeichnis die Qualität einer Verwaltungsbehörde beizumessen ist, muß auch der Wahlvorstand bei der Zulassung bzw. Nichtzulassung zur Stimmabgabe als behördliches Gremium oder Teil einer Behörde charakterisiert werden. Es wurde bereits vermerkt, daß der Wahlvorstand bei einem Bestreiten und einer nochmaligen Überprüfung der Wahlberechtigung des in das Wählerverzeichnis eingetragenen Wählers qualitativ dieselbe Aufgabe wahrnimmt wie die Gemeindebehörde bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Eintragung in das Wählerverzeichnis 219). Ein Unterschied besteht nur darin, daß der Wahlvorstand lediglich die noch nicht berücksichtigten, weil zeitlich später liegenden Umstände miteinzubeziehen hat. Daß der Wahlvorstand auch über diese Aufgabentätigkeit hinaus als Verwaltungsbehörde anzusehen ist, wurde bereits nachgewiesen 220).

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß Meinungsverschiedenheiten über die Nichteintragung in das Wählerverzeichnis oder die Nichtzulassung zur Stimmabgabe Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO darstellen. Es fehlt hier an einem Verfassungsrechtsverhältnis. Keiner der Beteiligten kann als verfassungsrechtlich qualifizierter Rechtsträger angesehen werden. Streitigkeiten innerhalb eines Subordinationsverhältnisses aber sind gerade die typischen, der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehenden Fälle.

219) vgl. S. 74, 75

220) Nass, S. 174 ff.

3) Abweichungen in dieser Frage ergeben sich zwar nicht für das nordrhein-westfälische Landeswahlrecht, wohl aber für das Kommunalwahlrecht. Die Schwierigkeit, die Tätigkeit der Wahlorgane und damit auch die ihr zugrundeliegenden Rechtsvorschriften selbst dem Verfassungs- oder dem Verwaltungsrecht einzuordnen, tritt hier nicht auf. Auf dieser unterstaatlichen Ebene ist es nämlich nicht zweifelhaft, daß die Bildung der kommunalen Organe Angelegenheit der Verwaltung ist. Das folgt zunächst daraus, daß den Gebietskörperschaften die Staatsqualität fehlt. Die Stellung dieser Organe kann deshalb nicht mit den staatsrechtlichen Begriffspaaren, wie z.B. Legislative und Exekutive, gekennzeichnet werden ²²¹⁾. Die Durchführung der Kommunalwahlen stellt dementsprechend eine Aufgabe der kommunalen Gebietskörperschaft aus ihrem Selbstverwaltungsbereich dar ²²²⁾. Soweit der kommunalen Vertretung die Eigenschaft eines "Verfassungsorgans" zuerkannt wird ²²³⁾, ist damit lediglich ihre kommunalverfassungsrechtliche Stellung gemeint. In diesem, und nur in diesem Sinne ist das kommunale Wahlrecht Bestandteil des kommunalen "Verfassungsrechts" ²²⁴⁾. Dieses ist indessen dem Verfassungsrecht in Bund und Land nicht gleichzusetzen; nur auf diesen Verfassungsbegriff ist aber § 40 Vw GO bezogen.

221) W. Loschelder, S. 30

222) Gönnerwein, S. 260

223) Zuhorn-Hoppe, S. 177

224) Rietdorf, KWG, zu § 1 Anm. 1

C) Die Folgerungen aus dem Einfluß des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auf die Regelung des Rechtsschutzes im Wahlverfahren.

Die vorausgegangenen Erörterungen haben gezeigt, daß die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch in dem Teilrechtsbereich des Wahlrechts Anwendung findet, da auch hier die Möglichkeit besteht, daß eigene Rechte des Staatsbürgers durch die öffentliche Gewalt verletzt werden. Nach der Darlegung dieser Voraussetzungen kann nunmehr im einzelnen der Frage nachgegangen werden, welche Bestimmungen des Wahlrechts einen gerichtlichen Schutz für die subjektiven Rechte des Wählers hindern, und ob diese Bestimmung gegenüber der vorerwähnten Verfassungsvorschrift zulässig sind. Bei der Untersuchung dieser Fragen wird sich gleichzeitig zeigen, ob die Behauptung ²²⁵⁾, verwaltungsgerichtliche Gestaltungsclagen seien wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses von vornherein unzulässig, da wegen der im Wahlverfahren geltenden Fristen ein rechtskräftiges Urteil nicht zu erlangen sei ²²⁶⁾, in dieser Weise aufrechterhalten bleiben kann; es scheint nämlich, daß diese Ansicht auf nicht zu rechtfertigenden Voraussetzungen beruht, indem bei ihrer Beweisführung rechtliche Grundlagen einbezogen sind, deren Rechtsgültigkeit zweifelhaft und daher zu überprüfen ist.

I) Für das Bundeswahlrecht lassen sich dazu folgende Feststellungen treffen:

1) Geht man von den dort festgelegten Fristen aus, so kann mit ziemlicher Sicherheit gesagt werden, daß es z.B. bei einer Verpflichtungsklage wegen Nichteintragung in das Wählerverzeichnis noch vor dem Wahlakt zu einer

225) Die Widerlegung dieser Behauptung mußte auf S. 53 noch zurückgestellt werden.

226) vgl. S. 18 ff.

Entscheidung des angerufenen Verwaltungsgerichtes kommen kann. In diesen Fällen ist für eine Entscheidung selbst bei ungünstigster Gestaltung noch hinreichend Zeit ²²⁷⁾. Das angegangene Gericht wird zudem gerade im Hinblick auf die kurzen Fristen möglichst rasch eine Entscheidung treffen, um die Effektivität des Rechtsschutzes nicht zu verkürzen. Wesentlich erleichtert wird eine schnelle Entscheidung noch dadurch, daß es sich bei den Voraussetzungen für die Eintragung in das Wählerverzeichnis um klare, weder einen Beurteilungsspielraum noch ein Ermessen, noch sonstige schwierige Rechtsbegriffe enthaltende gesetzlich geregelte Merkmale handelt ²²⁸⁾.

Der Ansicht, ein Urteil könne vor dem Wahlakt nicht mehr ergehen, muß zudem entgegengehalten werden, daß durch das Bundeswahlrecht selbst die dort in zulässiger Weise angerufene Instanz zu einer Entscheidung noch vor der Wahl gezwungen wird. So ist z.B. in § 19 Abs. 5 Satz 4 BWO festgelegt, daß über die an den Kreiswahlleiter einzulegende Beschwerde spätestens am 4. Tage vor der Wahl entschieden sein muß, also entschieden werden kann. Zieht man die ungünstigste Fallgestaltung in Betracht, daß die Gemeindebehörde erst am 10. Tage vor der Wahl über den Einspruch entschieden hat, so bleibt der Beschwerdeinstanz in der Tat nur eine kurze Entscheidungsfrist. Gleichwohl ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß innerhalb dieser knappen Zeitspanne über die Beschwerde entschieden werden könne. Im Vergleich zu der dort als möglich angesehenen Entscheidung ist daher nicht einzusehen, wieso demgegenüber ein Verwaltungsgericht nicht mehr vor der Wahl zu einem Urteilsspruch soll kommen

227) vgl. Fußnote 18) / Von einem Vorverfahren ist hier zunächst noch abgesehen.

228) vgl. z.B. die §§ 12, 13, 14 B'WG

können. Bei bestimmten Verfahrensarten, z.B. der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO, ist das Gericht sogar zu einer noch schnelleren Entscheidung verpflichtet. Daraus ist zu ersehen, daß es dem Gericht sehr wohl möglich ist, in besonderen Eilfällen zweckentsprechend tätig zu werden. Es ist sicher, daß auch die hier interessierenden Fälle bei einer entsprechenden gerichtsorganisatorischen Geschäftsteilung für den entscheidenden Zeitraum zwischen dem Abschluß des Einspruchsverfahrens und dem Wahltag von den Gerichten sachgerecht bewältigt werden können.

2) Allein mit der Nichtvornahme der vom Wähler beanspruchten Maßnahme, z.B. der Nichteintragung in das Wählerverzeichnis, ist jedoch der Weg zu den Verwaltungsgerichten noch nicht frei. Es ist vielmehr, wie auch sonst, zulässig, die Beschreitung des Rechtsweges von einem Verwaltungsverfahren vor der verletzenden Behörde abhängig zu machen ²²⁹⁾. Als derartiges Verwaltungsverfahren und damit als Vorverfahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO kommt hier zunächst der Einspruch in Betracht. Die Vorschaltung dieses Einspruchsverfahrens könnte allerdings zur Folge haben, daß damit die Möglichkeit einer nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in zeitlicher Hinsicht bedeutend beschränkt wird. Im ungünstigsten Fall trifft nämlich die Gemeindebehörde bei einem Einspruch z.B. wegen Nichteintragung in das Wählerverzeichnis ihre Entscheidung erst am 10. Tage vor der Wahl.

Gegen diese Fristbemessung des so als Vorverfahren im Sinne des § 68 VwGO verstandenen Einspruchsverfahrens bestehen jedoch Bedenken. Es scheint, als ob die Festlegung dieser Frist einen an sich möglichen Rechtsschutz in unzumutbarer, mit vernünftigen Sachgründen nicht mehr

229) Bettermann, GR, S. 779 (807) m.w.N.

zu rechtfertigender Weise verkürzt ²³⁰⁾. Der Endzeitpunkt dieser Frist ist für einen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz bis zum Zeitpunkt der Wahl zu knapp bemessen. Für die Festlegung dieser kurzen Zeitspanne vom Abschluß des Einspruchsverfahrens bis zum Zeitpunkt der Wahl sind demgegenüber keine über den allgemeinen Sinn dieser Fristen hinausgehenden wichtigen Gründe zu ersehen. Vielmehr zeigen die Regelungen in anderen Wahlrechten, daß eine andersartige Fristgestaltung mit einer größeren Zeitspanne zwischen dem Abschluß des Einspruchsverfahrens und dem Wahltag nicht grundsätzlich mit den Erfordernissen und den eigenen Bedingungen einer Wahl unvereinbar ist ²³¹⁾. Infolge der im Bundeswahlrecht festgelegten, außerordentlich kurzen Fristen von dem letzten Zeitpunkt des Einspruchsverfahrens bis zum Wahlakt mag in der Tat eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung in vielen Fällen erheblich erschwert und teilweise wohl auch nicht mehr möglich sein. Die Regelung über den spätesten Endzeitpunkt der Entscheidungsfrist (§ 19 Abs. 4 Satz 1 BWO) muß daher als unzumutbare, unverhältnismäßige Verkürzung des Rechtsweges angesehen werden. Sie entspricht nicht der Forderung des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, der dem Bürger einen Anspruch darauf gewährt, daß der Rechtsweg nicht beschränkt und die Inanspruchnahme der zur Verfügung gestellten Rechtsschutzeinrichtungen nicht behindert wird ²³²⁾. Die Bestimmung des § 19 Abs. 4 Satz 1 BWO ist daher hinsichtlich der

²³⁰ vgl. die Nachweise in Fußnote 125)

²³¹⁾ vgl. hierzu die Fristen im nordrhein-westfälischen Landeswahlrecht und im Kommunalwahlrecht: Entscheidung über den Einspruch spätestens am 17. Tage vor der Wahl (§ 18 Abs. 3 Satz 1 LWO NW und § 14 Abs. 2 KWO NW); freilich ist nicht zu verkennen, daß auch die Benachrichtigung von der Eintragung in das Wählerverzeichnis dementsprechend vorverlegt ist (§§ 16, 17 LWO NW und §§ 12, 13 KWO NW).

²³²⁾ BVerwG v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (169) / Menger, VerwArch Bd. 55 (1964), S. 282 - 284

Festlegung des Endzeitpunktes des Einspruchsverfahrens verfassungswidrig.

Da diese Vorschrift Teil einer Rechtsverordnung ist und Rechtsverordnungen bei Verstoß gegen höherrangiges Recht nichtig sind ²³³⁾, ist auch die Bestimmung des spätesten Zeitpunktes der Einspruchsentscheidung nichtig. Die Nichtigkeit dieses Teils der Vorschrift hat auch die Gemeindebehörde, die über den Einspruch entscheidet, zu beachten. Dabei mag hier offenbleiben, ob und inwieweit die Verwaltung überhaupt befugt ist, eine verfassungswidrige Norm zu verwerfen ²³⁴⁾; denn es ist hier nicht so, daß die Gemeindebehörde diese Regelung wegen der Nichtigkeit des Endzeitpunktes der Entscheidungsfrist überhaupt nicht mehr beachten könnte, ohne sich dem Vorwurf verfassungswidrigen Verhaltens auszusetzen. Der einzelne Beamte ist nicht einmal allein auf die Remonstration entsprechend den Bestimmungen der §§ 56 Abs. 2 BBG, 38 Abs. 2 BRRG und den entsprechenden Vorschriften des Landesrechts angewiesen. Er kann vielmehr die Vorschrift des § 19 BWO gleichwohl anwenden, allerdings unter Berücksichtigung der Verfassungswidrigkeit des Endzeitpunktes der Entscheidungsfrist ²³⁵⁾. Das bedeutet praktisch: § 19 Abs. 4 Satz 1 BWO besagt, daß spätestens am 10. Tage vor der Wahl über den Einspruch entschieden sein muß. Eine frühere Entscheidung ist also in zahlreichen Fällen je nach dem Zeitpunkt der Einlegung des Einspruchs zulässig und auch möglich. Die Behörde kann demnach dem Vorwurf der verfassungswidrigen Verkürzung des Rechtsschutzes entgehen, indem

233) Wolff, Bd. 1, § 26 III, S. 115, und § 30 II a 1, S. 140

234) über den Stand der Meinungen: Maunz-Dürig, zu Art. 20 Rdnr. 64 ff. / Bachof, AöR Bd. 87, S. 46 / Menger, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 305, 307 / Forsthoff, S. 126

235) allgemein Schramm, S. 70, insb. S. 73

sie unverzüglich über den Einspruch entscheidet. Hierzu ist sie wegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verpflichtet ²³⁶⁾.

Damit zeigt sich, daß bei möglichst frühzeitigem Einspruch des Wählers und bei einer unverzüglichen und kurzfristigen Entscheidung der Gemeindebehörde dem angerufenen Verwaltungsgericht eine Verhandlungszeit von regelmäßig mehr als zwei Wochen zur Verfügung steht. Unter diesen Umständen muß davon ausgegangen werden, daß der Wähler auch nach Durchführung des Einspruchsverfahrens noch ein Urteil des Verwaltungsgerichts erhalten kann.

3) Wenn demnach auch der Einspruch als Vorverfahren im Sinne des § 68 VwGO anzusehen ist, so kann dies nicht auch in derselben Weise für das Beschwerdeverfahren des § 19 Abs. 5 BWO gelten; denn in diesem Verfahren wird nicht eine eigene Maßnahme korrigiert, sondern eine zweite Instanz überprüft eine fremde Entscheidung. Das Beschwerdeverfahren läßt sich den Regeln über das Vorverfahren gemäß den §§ 68 ff. VwGO auch dann nicht einordnen, wenn man es im Zusammenhang mit dem Einspruchsverfahren sieht. Zwar wird der verletzenden Behörde nach § 73 Abs. 1 VwGO die Möglichkeit gegeben, dem Widerspruch abzuweichen; hilft sie nicht ab, so ergeht ein Widerspruchsbescheid durch die nächsthöhere Behörde (§ 73 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Im Wahlrecht aber ist der Gemeindebehörde nicht nur die Befugnis zur Abhilfe, das heißt zur Vornahme der vom Wähler erstrebten Maßnahme (z.B. § 19 Abs. 4 Satz 2 BWO), sondern darüber hinaus das Recht zur selbständigen Entscheidung auch über die Ablehnung des Einspruchs eingeräumt; diese Entscheidung ist mit einer Rechtsmittelbelehrung zuzustellen (§ 19 Abs. 4 Satz 1 BWO). Das

236) Zur faktischen Verkürzung des Rechtsschutzes vgl. BVerwG v. 2.9.63, I C 142/59, DöV 1964, 168 (169)/ vgl. dazu im nordrhein-westfälischen Landeswahlrecht § 17 Abs. 3 LWG NW, wonach der Gemeindedirektor die Entscheidung über den Einspruch ebenfalls unverzüglich zu treffen hat.

im Wahlrecht geregelte Einspruchsverfahren enthält damit alle Anforderungen, die die §§ 68 ff. VwGO an ein Vorverfahren stellen. Im Hinblick auf ein nachfolgendes verwaltungsgerichtliches Rechtsschutzverfahren ist daher die Regelung über die Verwaltungsbeschwerde entbehrlich.

Würde man gleichwohl vor Klageerhebung auch die Durchführung dieses Beschwerdeverfahrens verlangen, so wäre ein anschließender Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte in der Tat unmöglich. Die Vorschaltung eines weiteren Verwaltungsverfahrens würde den für die Verwaltungsgerichte noch verbleibenden Entscheidungszeitraum so erheblich verkürzen, daß bei diesem Zeitpunkt des Wahlablaufs mit einem Urteil des Gerichts noch vor dem Wahlakt nicht mehr gerechnet werden könnte. Das Beschwerdeverfahren gemäß § 19 Abs. 5 Sätze 1 bis 6 BWO muß daher als unzumutbare Verkürzung des Rechtsschutzes und damit wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG als verfassungswidrig angesehen werden²³⁷⁾. Da diese Vorschrift Teil einer Rechtsverordnung ist, ist die Bestimmung des § 19 Abs. 5 Sätze 1 bis 6 BWO gleichzeitig nichtig.

Ungeachtet des Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG stehen die Vorschriften über das Verwaltungsbeschwerdeverfahren mit § 77 Abs. 1 VwGO nicht in Einklang. Hiernach sind alle bundesrechtlichen Vorschriften in anderen Gesetzen über Einspruchs- oder Beschwerdeverfahren durch die Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung ersetzt. Eine Ausnahme von § 77 VwGO über § 190 VwGO kommt hier nicht in Betracht. Die Verwaltungsbeschwerde des § 19 Abs. 5 Sätze 1 bis 6 BWO entfällt damit als Zulässigkeitsvoraussetzung

237) zum Problem: BGHSt v. 21.4.59, 1 StR 504/58, NJW 1959, 1230 (1233) / BFH v. 7.4.59, I 2/58 S, DB 1959, 611 / Rietdorf, DV 1949, 665 (669 und Fußnote 17) / Voigt, DV 1949, 433 (434) / Bettermann, GR, S. 779 (801,807)

einer verwaltungsgerichtlichen Klage auch nach § 77 Abs. 1 VwGO ²³⁸⁾.

4) Weiterhin ist zwar richtig, daß das Urteil vor dem Wahlakt nicht mehr in Rechtskraft erwächst. An diesem Umstand wird sich selbst bei einer gewissen, für die Zwecke der Wahl noch tragbaren Verlängerung der Fristen nichts ändern. Gleichwohl scheint dieses Argument aus einer zu stark am Zivilrecht orientierten Betrachtungsweise zu erwachsen. Man muß sich gerade in diesen Fällen den Unterschied zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht vergegenwärtigen. Hier stehen sich nicht, wie im Zivilprozeß, zwei gleichgeordnete Gegner gegenüber; es bedarf auch nicht der Rechtskraft und der dahinterstehenden Drohung einer zwangsweisen Vollstreckung, um einem gerichtlichen Urteilspruch Geltung zu verschaffen, wenn die vom Gericht geäußerte Rechtsauffassung nunmehr von der Behörde geteilt wird. Gerade wegen der besonders kurzen Fristen im Wahlverfahren wird sich die Verwaltungsbehörde in kürzester Zeit darüber schlüssig werden müssen, ob sie den Urteilsspruch billigt und dementsprechend ihr Verhalten ausrichtet, oder ob sie die nächste Instanz anrufen will ²³⁹⁾. Billigt sie den Spruch, so wird sie ihm folgen, ohne die Rechtskraft der Entscheidung abzuwarten. Im öffentlichen Recht gibt es nicht, wie im Zivilrecht, den "böswilligen Schuldner"; die Behörde ist an Gesetz und Recht gebunden und dadurch zu einem Verhalten verpflichtet, das die berechtigten Interessen des Bürgers berücksichtigt.

Insofern kann in der Tat nicht einfach davon ausgegangen werden, daß verwaltungsgerichtliche Gestaltungs-klagen wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses unzulässig

238) Eyermann-Fröhler, zu § 77 Rdnr. 1 / Ule, Brauchitsch, zu § 77, S. 265

239) Diese kann dann allerdings mit ihrem Spruch keinen Einfluß mehr auf den Ablauf des Wahlverfahrens nehmen.

seien und dieser Rechtszustand bereits vor Einführung der die gerichtlichen Rechtsmittel ausschließenden Vorschriften der Wahlgesetze rechtens gewesen sei. In zahlreichen, vielleicht in den meisten Fällen wird die gerichtliche Entscheidung rechtzeitig ergehen und demzufolge auch im Wahlverfahren berücksichtigt werden können.

Bei einer Neuordnung des Wahlrechts könnte überdies der Rechtsschutz allein der ersten gerichtlichen Instanz überlassen bleiben; auf eine weitere Instanz besteht ohnehin kein verfassungsrechtlich gefestigter Anspruch ²⁴⁰⁾. Nach einer derartigen Neuregelung würde der Spruch des Gerichtes dann sofort rechtskräftig, der Einwand fehlender Rechtskraft mithin vollends beseitigt.

5) Die vorangegangenen Untersuchungen haben gezeigt, daß im Wahlverfahren ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz möglich ist. Die diesen Rechtsschutz ausschließenden Bestimmungen des § 50 BWG und des § 19 Abs. 5 Satz 7 BWO deklarieren damit nicht einen ohnehin geltenden Rechtszustand ²⁴¹⁾, sondern haben konstitutive Wirkung. Die bezeichneten Vorschriften sind daher wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig, die Bestimmung der Bundeswahlordnung ist nichtig.

Von diesen Ergebnissen her ergibt sich gleichzeitig die Unrichtigkeit der Ansicht, im Wahlverfahren bedürfe es eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht, da wegen der kurzen Fristen kein Rechtsschutzinteresse bestehe. Das Rechtsschutzinteresse des Bürgers ist nämlich zunächst von dem verletzten Recht her zu beurteilen; nicht kann umgekehrt argumentiert werden, weil die Fristen im Wahl-

240) vgl. die Nachweise in Fußnote 40)

241) vgl. S. 20

verfahren so knapp bemessen seien, fehle dem Wähler ein Rechtsschutzinteresse an der Geltendmachung seiner Rechte. Wie sich gezeigt hat, bewirkt gerade das Interesse des Wählers an der Geltendmachung seiner Rechte mit Hilfe des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die Ungültigkeit dieser Fristen.

II) Weitergehende Gesichtspunkte als im Bundeswahlrecht sind in der Auslegung des nordrhein-westfälischen Landeswahlrechts und Kommunalwahlrechts festzustellen.

1) In der maßgeblichen Kommentierung ²⁴²⁾ werden für das Verhältnis des Wahlprüfungsverfahrens zu einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bei Landtagswahlen folgende Gedanken angeführt: Verwaltungsgerichtliche Klagen seien wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses unzulässig. In aller Regel werde eine rechtskräftige Entscheidung der Verwaltungsgerichte vor der Wahl aus rein zeitlichen Gründen nicht ergehen können. Selbst wenn sie aber in einem seltenen Ausnahmefalle möglich sein sollte, so bestünde ein rechtliches Interesse an ihr nur dann, wenn sie zu einer Wiederholung der Wahl führen würde; denn das Wahlrecht könne immer nur in Bezug auf eine bestimmte Wahl, nicht aber ein für allemal für künftige Wahlen, festgestellt werden. Andererseits sei eine bloße, auf eine frühere Wahl bezogene Feststellung des Wahlrechts, die weder am Wahlakt noch am veröffentlichten Ergebnis etwas ändere, für den Kläger wertlos. Mit anderen Worten bestehe ein Rechtsschutzinteresse selbst bei Verletzung subjektiver Rechte im Zuge der Wahlhandlung immer nur dann, wenn sie so schwerwiegend sei, daß sie zur Wiederholung der Wahl oder zur Neufeststellung des Wahlergebnisses führe. Da diese Prüfung aber im Zuge des besonders geordneten Wahlprüfungsverfahrens erfolge, bestehe

242) Rietdorf, LWG, zu § 17 Anm. 4, S. 33, 34

kein Rechtsschutzinteresse für ein parallel laufendes verwaltungsgerichtliches Verfahren zur Überprüfung einzelner Wahlverwaltungsakte.

Es ist nicht einzusehen, wieso in dem als Ausnahme dargestellten Fall, in dem also eine Entscheidung noch vor dem Wahlakt ergehen kann, ein rechtliches Interesse an ihr nur dann gegeben sein soll, wenn sie eine Wiederholung der Wahl zur Folge habe. Kann nämlich die Entscheidung noch vor der Wahl ergehen - und das ist ja der eigentliche Zweck des Rechtsschutzgesuches, damit die Entscheidung des Gerichts noch vor der Wahl im Wahlverfahren berücksichtigt wird -, so bleibt unverständlich, warum und überhaupt wie das Gericht vor der Wahl die Erheblichkeit des Fehlers feststellen soll. Einmal ist dem Gericht die Prüfung und Anwendung des Erheblichkeitsgrundsatzes gerade versagt ²⁴³⁾, zum anderen braucht diese Erheblichkeit gar nicht festgestellt zu werden, wenn die Entscheidung noch vor der Wahl ergeht, die fehlerhafte Wahlmaßnahme also noch korrigiert werden kann. Der Erheblichkeitsgrundsatz ist lediglich das Mittel, mit dem erst nach der Wahl eine etwaige unrichtige Mandatsverteilung festgestellt werden soll ²⁴⁴⁾. Es wird nicht deutlich und ist auch nicht ersichtlich, welche weitergehende Bedeutung der Anwendung dieses Grundsatzes bereits vor der Wahl zukommen soll. Auf der anderen Seite will auch der Kläger z.B. bei einer Verpflichtungsklage auf Eintragung in das Wählerverzeichnis eben diese Eintragung und damit die Teilnahme an der Wahl; dagegen hat er kein Interesse an der Ungültigerklärung der Wahl, wenn die mangelhafte Wahlmaßnahme noch berichtigt werden kann. Die Beweisführung läuft darauf hinaus, daß ein Rechtsschutz deswegen nicht zuzu-

243) vgl. S. 29 ff., insb. S. 33, 34

244) vgl. S. 6 ff.

lassen sei, weil ein bestimmt geartetes Interesse fehle, dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein aber vor der Wahl nicht festgestellt werden könne.

Für das Verhältnis des Wahlprüfungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht und einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, das sich auch mit dem Schutz der subjektiven Rechte des Wählers befaßt, wird zum Kommunalwahlrecht ausgeführt ²⁴⁵⁾: Mit der Wahl mache der Bürger von seinem vornehmsten staatsbürgerlichen Recht Gebrauch. Wahlfehler, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung dazu führen könnten, das Wahlergebnis entscheidend zu beeinflussen ²⁴⁶⁾, beinhalteten somit auch eine Verletzung des Bürgers in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG). Der besondere Rechtsweg, der dem Bürger zur Kontrolle darüber eröffnet sei, ob sein aktives oder passives Wahlrecht verletzt worden sei, sei das Wahlprüfungsverfahren vor den Verwaltungsgerichten. Im Vordergrund dieses Verfahrens stehe daher ²⁴⁷⁾ nicht die Anfechtung einzelner Maßnahmen der Wahlbehörden, sondern die Feststellung über die Gültigkeit des Wahlaktes selbst. Würde man daneben noch eine selbständige Anfechtungsklage des Wahlberechtigten gegen einzelne Maßnahmen der Wahlbehörden für zulässig halten, so könnte das Ziel dieser Klagen, nämlich die Wiederherstellung der subjektiven Rechte des Betroffenen doch nicht erreicht werden; denn die endgültige Entscheidung falle immer erst nach der Wahl.

245) Rietdorf, KWG, zu § 36 Anm. 1, S. 263

246) Was hier unter entscheidendem Einfluß zu verstehen ist, wurde bereits S. 37 dargestellt.

247) Dieses "daher" ist in diesem Zusammenhang mißverständlich. Das Wahlprüfungsverfahren bietet gerade keinen geeigneten Schutz bei Verletzungen des Wahlrechts; vgl. dazu S. 10 und 11.

An dieser Stelle wird die Ausnahme, daß noch vor dem Wahlakt eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts ergehen könne, nicht erwähnt²⁴⁸⁾. Diese Möglichkeit ist aber heute in noch größere Nähe gerückt, nachdem jetzt bereits spätestens am 17. Tage vor der Wahl über den Einspruch entschieden wird (§ 14 Abs. 2 Satz 1 KWO NW)²⁴⁹⁾.

Nicht zu verstehen ist ferner, wieso nur Wahlfehler, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung einen entscheidenden Einfluß auf das Wahlergebnis haben, den Bürger in seinen Rechten verletzen. Ist der Satz so zu verstehen, daß allein und nur solche Wahlfehler den Bürger in seinen Rechten verletzen, dann ist er nicht zutreffend. Das subjektive Wahlrecht kann auch durch Wahlmaßnahmen verletzt werden, die keinen entscheidenden Einfluß auf das Wahlergebnis haben. Andernfalls müßte man annehmen, daß das Bestehen eines subjektiven Wahlrechts von seiner Effektivität abhängt, also davon, ob es - ausgeübt - entscheidend für den Ausgang der Wahl sei. Damit ließe sich aber letztlich und endgültig das Bestehen des subjektiven Wahlrechts vor der Wahl, genauer vor der Kenntnis des Wahlergebnisses niemals feststellen. Die beigefügte, abschwächende Formel von der "allgemeinen Lebenserfahrung eines entscheidenden Einflusses" vermag es nicht zu verhindern, daß der angegebene Satz auf diesen Ausgangspunkt zurückgeführt werden muß.

248) obgleich dies an anderer Stelle geschieht; vgl. Rietdorf, KWG, zu § 11 Anm. 4 S. 168; dort wird argumentiert wie hier auf S. 103 f.

249) Freilich ist zu sagen, daß Rietdorf seiner Kommentierung die Kommunalwahlordnung vom 1.12.1955 (GV.NW 1956, S. 1) zugrunde liegen hatte, nach dessen § 19 Abs. 2 Satz 1 über den Einspruch spätestens am 10. Tage vor der Wahl entschieden sein mußte.

2) Nachdem sich auch diese Gesichtspunkte als nicht tragfähig erwiesen haben, den Rechtsschutz im Wahlverfahren auszuschließen, gelangt man mangels anderer, über die Lage im Bundeswahlrecht hinausgehender, rechtfertigender Merkmale für das nordrhein-westfälische Landeswahlrecht und Kommunalwahlrecht entsprechend zu folgenden Ergebnissen: Die den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ausschließenden Vorschriften (§ 17 Abs. 5 Satz 1 LWG NW und § 11 Abs. 5 Satz 1 KWG NW) sowie die das Beschwerdeverfahren regelnden Bestimmungen (§ 17 Abs. 4 LWG NW und § 11 Abs. 4 KWG NW) sind wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig.

Im Unterschied zum Bundeswahlrecht kann im nordrhein-westfälischen Recht die Festlegung des Endzeitpunktes der Entscheidung über den Einspruch nicht mehr als nichtig angesehen werden; denn wie bereits für das Kommunalwahlrecht dargelegt ²⁵⁰⁾, ist in der Neufassung des § 18 Abs. 3 Satz 1 LWO NW ²⁵¹⁾ dieser Gesichtspunkt offenbar berücksichtigt worden und jetzt die Entscheidung nicht erst spätestens am 10. Tage, sondern schon am 17. Tage vor der Wahl zu treffen.

250) vgl. S. 106

251) v. 30.3.1966 (GV.NW. S. 153)

F ü n f t e r A b s c h n i t t :

Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuordnung des Rechtsschutzsystems im Wahlrecht.

Als nachkonstitutionelles formelles Gesetz ist die Bestimmung des § 50 BWG - entsprechendes gilt für die nordrhein-westfälischen Vorschriften des Landes- und des Kommunalwahlgesetzes - wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zwar verfassungswidrig, jedoch nicht nichtig. Das Verwerfungsmonopol steht für diese Fälle allein dem Bundesverfassungsgericht zu (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 2 GG, Art. 100 Abs. 1 GG, § 13 Ziff. 6 und 11 BVerfGG)²⁵²⁾. Selbst wenn aber das Bundesverfassungsgericht zu einer derartigen Entscheidung gelangen und die Vorschriften für nichtig erklären sollte, könnte der Rechtsschutz für das aktive Wahlrecht noch nicht als ausreichend angesehen werden. Die erörterten Fälle, die lediglich die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung darlegen sollten, sind auch nach Nichtigserklärung der angegebenen Bestimmungen noch keineswegs in ein das aktive Wahlrecht hinreichend berücksichtigendes Rechtsschutzsystem eingegliedert. Für einen ausreichenden Rechtsschutz erscheint daher nicht nur der Wegfall der dem Schutz subjektiver Rechte im Wahlverfahren unmittelbar entgegenstehenden Vorschriften erforderlich, sondern darüber hinaus eine gesetzliche Neugestaltung des Rechtsschutzsystems unter genügender Berücksichtigung der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bestimmten Erfordernisse. Diese Frage schließt einen sich an den Gesetzgeber wendenden Verfassungsauftrag in sich.

252) BVerfG v. 20.3.52, 1 BvL 12, 15, 16, 24, 28, 51, E 1, 184 (201)

Dabei ist hier nicht entscheidend, ob der Spruch des Bundesverfassungsgerichts konstitutive oder nur deklaratorische Wirkung äußert.

Ausgangspunkt ist, daß die Entscheidung, ob ein Gesetz zu erlassen ist, von wirtschaftlichen, politischen und weltanschaulichen Erwägungen abhängt, die sich im allgemeinen einer rechtlichen Nachprüfung entziehen²⁵³⁾. Grundsätzlich frei ist der Gesetzgeber auch bei seiner (politischen) Entscheidung über den Inhalt der Gesetze. Eine Bindung jedoch besteht insofern, als er sowohl bei der Entscheidung über den Erlass eines Gesetzes überhaupt als auch hinsichtlich seines Inhalts und Zeitpunkts das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte zu beachten hat²⁵⁴⁾. Diese Bindung ist zurückzuführen auf Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Gesetzgebung der verfassungsmäßigen Ordnung verpflichtet ist²⁵⁵⁾.

Eine solche Bindung und bereits richtungsbestimmte Einschränkung des gesetzgeberischen Ermessens ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber durch das Grundgesetz selbst angewiesen ist, ein Ausführungsgesetz zu erlassen und dadurch die grundgesetzlichen Gewährleistungen zu konkretisieren²⁵⁶⁾. Ob ein derartiger Verfassungsauftrag für die Regelung eines ausreichenden Rechtsschutzes im Wahlverfahren in Art. 38 Abs. 3 GG bzw. in Art. 41 Abs. 3 GG zu sehen ist, wonach das Nähere ein Bundesgesetz bestimmt, ist nicht eindeutig. Dafür ließe sich anführen, daß der Gesetzgeber grundsätzlich verpflichtet ist, bei der Regelung eines Sachbereichs auch die Möglichkeit eines dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip entsprechenden, von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG insbesondere betont gewährleisteten, durchgehenden Rechtsschutzes zu berücksichtigen. In aller Regel wird zwar dieser Rechtsschutz von den auf

253) BVerfG v. 19.12.51, 1 BvR 220/51, E 1, 97 (101)

254) BVerfG v. 20.2.57, 1 BvR 441/53, E 6, 257 (268) /
BVerfG v. 23.10.58, 1 BvL 45/56, E 8, 210 (216)

255) Lechner, NJW 1955, 1817 (1818)

256) Kalkbrenner, DöV 1963, 41 ff.

Grund des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erlassenen prozeßrechtlichen Vorschriften in der Weise übernommen, daß entweder der rechtsverletzende Akt mit Hilfe einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage korrigiert, oder aber, wenn eine Korrektur wegen des Eintritts anderer Tatsachen nicht mehr möglich ist, mit Wiedergutmachungsklagen (Folgenbeseitigungsklage, Feststellungsklage, Amtshaftungsklage usw.) belegt wird. Der dem Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG angepaßte Rechtsschutz ist also regelmäßig in der Weise ausgestaltet, daß grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Aktes der öffentlichen Gewalt vor dessen Vollziehung überprüft werden kann. Nur in Ausnahmesituationen, bei Notlagen, in eilbedürftigen Fällen und zur Wahrung überzuordnender Interessen wird die verfügte Maßnahme vollzogen, ohne daß vorher noch Gelegenheit geboten wird, ein Rechtsschutzverfahren vorzuschalten ²⁵⁷⁾. Für das Wahlverfahren ist demgegenüber typisch, daß sich durch den kommenden Wahlakt unaufschiebbar und voraussehbar eine Sachlage umgestalten wird; der Wahlablauf ist nämlich planmäßig festgelegt und zeitlich genau abgesteckt. Demzufolge tritt hier, durch das unaufhaltsam ablaufende Wahlverfahren und je weiter der Wahlverlauf fortgeschritten ist, eine Verkürzung vorhergehender Rechtsschutzmöglichkeiten stets und für alle Betroffenen ein. Diese Rechtsschutzbeschränkung stellt aber, gemessen an dem aufgezeigten allgemeinen Prinzip, nicht die Ausnahme, sondern die Regel dar. Es erscheint daher gerechtfertigt, das Wahlverfahren wegen seines festgelegten, unaufhaltsam voranschreitenden Ablaufs als einen Sachbereich zu kennzeichnen, dessen ausreichender Rechtsschutz durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG allein nicht gesichert ist. Qualifiziert man das Wahlrecht, die Regelung des Wahlverfahrens mit den ihm eigenen Erfordernissen als Sonder-sachbereich, bei dem die allgemeine Rechtsweggarantie des

257) vgl. z.B. § 80 Abs. 2 Ziff. 2 und 4 VwGO, § 6 Abs. 2 VwVG und entsprechend § 55 Abs. 2 VwVG NW

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG mit den sie ergänzenden prozeßrechtlichen Bestimmungen noch keinen hinreichenden Rechtsschutz geben, so trifft bei der Regelung eines derartigen Sonderbereichs den Gesetzgeber gleichzeitig die Verpflichtung, auch einen der Besonderheit des Falles angepaßten Rechtsschutz mitzuregeln. Daß diese Frage grundsätzlich auch von dem Wahlgesetzgeber so gesehen wurde, ergibt sich aus den von ihm festgelegten Möglichkeiten, zwei Instanzen anzurufen, nämlich nach dem Einspruch noch Beschwerde im Verwaltungswege einzureichen, wobei eine Entscheidung noch vor dem Wahlakt ergehen muß. Es erscheint daher gerechtfertigt, in Art. 38 Abs. 3 GG und/oder in Art. 41 Abs. 3 GG einen derartigen Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber zu erblicken. Selbst wenn man dem nicht folgen will, ergibt sich eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer sachgerechteren Regelung allein schon aus der Tatsache, daß er von verfassungswegen gehalten ist, Grundgesetzwidrigkeiten so bald wie möglich zu beseitigen ²⁵⁸). Dabei ist es für die Bemessung der dem Gesetzgeber hierfür zur Verfügung stehenden Frist von Bedeutung, ob die Verfassungswidrigkeit unbestritten ist und ob ihre Beseitigung durch einfache Aufhebung der verfassungswidrigen Norm erreicht werden kann. Ist diese Klärung herbeigeführt, so muß der Gesetzgeber, um eine Verfassungsverletzung zu vermeiden, in einem angemessenen Zeitraum einen verfassungsmäßigen Zustand herbeiführen ²⁵⁹).

Diese Forderung nach einem besonders ausgestalteten Rechtsschutzverfahren für bestimmte Sachbereiche ist nicht ungewöhnlich. Ein vorbildliches Beispiel hierfür ist kürzlich in dem Pressegesetz für das Land Nordrhein-

258) BVerfG v. 20.3.63, 1 BvR 505/59, NJW 1963, 947 (949)

259) BVerfG v. 20.3.63, 1 BvR 505/59, NJW 1963, 947 (949) / Müller, DöV 1964, 226 (228)

Westfalen ²⁶⁰⁾ gegeben worden. Danach ist der verantwortliche Redakteur verpflichtet, eine Gegendarstellung der Person zum Abdruck zu bringen, die durch eine in dem Druckwerk aufgestellte Tatsachenbehauptung betroffen ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 LPG NW). Für die Durchsetzung des vergeblich geltend gemachten Gegendarstellungsanspruchs ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Auf Antrag des Betroffenen kann das Gericht die Veröffentlichung der Gegendarstellung anordnen. Auf dieses Verfahren sind die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung entsprechend anzuwenden. Eine Gefährdung des Anspruchs braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden. Ein Verfahren zur Hauptsache findet nicht statt (§ 11 Abs. 4 LPG NW). Die einstweilige Verfügung soll also endgültige Befriedigung schaffen ²⁶¹⁾. Damit wird der Rechtsschutz noch wirksam, bevor die Darstellung in der Erinnerung der Leser verblaßt ist.

Zusammenfassend läßt sich für einen Rechtsschutz im Wahlverfahren de lege ferenda feststellen: Eine Nichtigerklärung der dem Schutz subjektiver Rechte im Wahlverfahren entgegenstehenden Vorschriften gewährleistet allein kein hinreichendes Rechtsschutzsystem. Es bedarf dafür vielmehr einer gesetzlichen Neuregelung. Hierzu ist der Gesetzgeber verpflichtet.

Zum Abschluß darf eine Feststellung wiederholt werden, die bereits im Jahre 1905 getroffen wurde und augenscheinlich auch heute nichts von ihrer Aktualität verloren hat: Es haben viel unbedeutendere Individualansprüche in neuester Zeit den richterlichen Schutz gefunden. Es ist daher nicht einzusehen, warum eine Ausnahme zuungunsten des parlamentarischen Wahlrechts stattfinden soll ²⁶²⁾.

260) v. 24.5.1966 (GV. NW. 1966, 340)

261) vgl. zum LPG NY: Gensior, JJahrb. 5, 19 (30)

262) G. Jellinek, System, S. 166

Sechster Abschnitt:

Die abschließende Zusammenfassung.

1. Im Wahlprüfungsverfahren werden subjektive Rechte des Wählers nicht geschützt.
2. Ein weitergehender Rechtsschutz, in den auch die subjektiven Rechte des Wählers einbezogen werden, ist grundsätzlich schon im Wahlverfahren möglich. Zuständig sind über Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit § 40 VwGO die Verwaltungsgerichte.
3. Es kann im Wahlrecht nicht eingewendet werden, dem Wähler mangle das Rechtsschutzinteresse an einer Entscheidung der Verwaltungsgerichte, da bei dieser Betrachtung Rechtsvorschriften einbezogen werden, die rechtsungültig sind.
§ 50 BWG ist wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig; § 19 Abs. 4 Satz 1 BWO ist in beschränktem, die §§ 19 Abs. 5 Sätze 1 bis 6, 19 Abs. 5 Satz 7 BWO sind in vollem Umfang nichtig. Die entsprechenden Bestimmungen des § 17 Abs. 4 und 5 Satz 1 LWG NW und des § 11 Abs. 4 und 5 Satz 1 KWG sind ebenfalls wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungswidrig.
4. Es kann im Wahlrecht nicht eingewendet werden, der Wähler habe in diesem Rechtsbereich keine subjektiven Rechte., Als solche Rechte sind insbesondere der Anspruch auf Eintragung in das Wählerverzeichnis und auf Zulassung zur Stimmabgabe anzusehen.
5. Es kann im Wahlrecht nicht eingewendet werden, die Betätigung der Wahlorgane liege allgemein nicht im verwaltungsrechtlichen Bereich. Soweit die Maßnahmen der Wahlorgane die subjektiven Rechte des Wählers auf Eintragung in das Wählerverzeichnis und auf Zu-

lassung zur Stimmabgabe betreffen, handelt es sich um Verwaltungstätigkeit.

6. Der Gesetzgeber ist unter Beachtung der von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG bestimmten Erfordernisse zu einer Neuregelung des Rechtsschutzes im Wahlrecht verpflichtet.

L e b e n s l a u f

Am 18. April 1940 wurde ich als Sohn des Staatssekretärs a.D. Dr. Wilhelm Loschelder und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Koller, in Berlin geboren. Infolge der Kriegssereignisse siedelte meine Familie in das Rheinland über. In Köln besuchte ich die Volksschule. Die ersten zwei Jahre der höheren Schule verbrachte ich als Internatsschüler in dem Aloysius-Kolleg in Bad Godesberg. Weitere eineinhalb Jahre besuchte ich das altsprachliche Dreikönigsgymnasium in Köln und schließlich in Düsseldorf das Comeniusgymnasium. Dort bestand ich am 15. März 1960 das Abitur.

Im Sommersemester 1960 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Nach einem dreisemestrigen Studium an der Georg-August-Universität in Göttingen wechselte ich zum Wintersemester 1961 an die Freie Universität in Berlin über. Weitere vier Semester arbeitete ich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster. Am 18. Juli 1964 bestand ich das erste juristische Staatsexamen bei dem Oberlandesgericht in Hamm. Am 13. August 1964 wurde ich zum Referendar ernannt. Vom 2. September 1964 bis 1. November 1965 leistete ich den Vorbereitungsdienst in Münster ab. Während dieser Zeit war ich nebenamtlich als wissenschaftliche Hilfskraft bei der Juristischen Fakultät der Universität Münster angestellt. Nach dem 2. November 1965 führte ich den Vorbereitungsdienst in Düsseldorf fort. Am 23. Januar 1968 legte ich dort die große juristische Staatsprüfung ab.

